

**DER ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ WEGEN NICHTERFÜLLUNG
GEGEN DEN ARBEITNEHMER**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Helmut UHLE

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ WEGEN NICHTERFÜLLUNG GEGEN DEN ARBEITNEHMER

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Helmut UHLE

1970



Referent: Prof. Dr. jur. Werner Rother
Korreferent: Prof. Dr. jur. Karl Larenz

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Dezember 1970

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
§ 1. Bestimmung des Begriffs "Nichterfüllung der Arbeitspflicht"	7
I. Dienstpflicht und Arbeitspflicht	7
II. Abgrenzung der Nichterfüllung von der Schlecht- erfüllung	8
III. Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Arbeits- vertragsbruch	9
§ 2. Die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen	12
I. Bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses	12
1. Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB	13
2. Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug	15
3. Die einzelnen Anspruchsgrundlagen	19
a) bei Verzug des ArbN	19
b) bei Unmöglichkeit der Leistung des ArbN	19
II. Bei fristloser Kündigung durch den ArbG	21
III. Sonderbestimmungen für gewerbliche ArbN	24
IV. Ergebnis	28
§ 3. Arten der Ersatzleistung und Schadensberechnung	29
I. Naturalrestitution	29
1. Herstellung durch den ArbN in eigener Person	31
a) bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses	31
b) bei Weiterbestehen	32

2. Herstellung durch Beschaffung einer Ersatzkraft	35
3. Zusammenfassung	35
II. Geldersatz	36
1. Schaden bei Einstellung einer Ersatzkraft	37
a) Kosten für die Beschaffung der Ersatzkraft	40
aa) Berechtigung des Anspruchs	40
bb) Frage der Vorteilsausgleichung	41
b) Sonstige Kosten der Ersatzkraft	46
c) Zusammenfassung	47
2. Schaden bei Nichteinstellung einer Ersatzkraft	48
a) Ersatzkraftkosten auch ohne Einstellung einer Ersatzkraft ?	48
b) Schaden bei Liegenbleiben der Arbeit	53
c) Schaden bei Verrichtung der Arbeit im Rahmen der Schadensminderungspflicht	55
aa) Verrichtung durch andere ArbN	56
bb) Verrichtung durch den ArbG	58
cc) Kostenersatz für vorsorgliche Schadensminderung	61
d) Schaden bei freiwilliger Verrichtung der liegengebliebenen Arbeit	65
aa) Ersatz des entgangenen Gewinns im Wege einer Versagung der Vorteilsausgleichung ?	66
bb) Ersatz für die erbrachte Arbeitsleistung	71
aaa) Verrichtung durch den ArbG	72
bbb) Verrichtung durch andere ArbN	76
cc) Ergebnis	76
e) Zusammenfassung	77
III. Zeitliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs des ArbG	78
1. Begrenzung bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses	78

2. Begrenzung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses	80
3. Zusammenfassung	81
IV. Schadensersatz und arbeitsrechtliches Schutzprinzip	82
1. Die Bedeutung des Schutzprinzips beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht	82
2. Schutzprinzip und Sanktionsfunktion	84
V. Ergebnis	89
§ 4. Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüllung und Schedenseintritt	91
I. Abgrenzung der hypothetischen von der alternativen und kumulativen Kausalität	93
1. Der Einwand der fehlenden Kausalität der Nichterfüllung	95
2. Der Einwand der alternativen Verursachung	96
a) beim positiven Schaden	98
b) beim entgangenen Gewinn	99
3. Der Einwand des "rechtmäßigen Alternativverhaltens"	100
4. Zusammenfassung	101
II. Frage der Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen	103
1. Lösung der Frage im Zivilrecht	103
a) Überblick über den Meinungsstand	103
b) Kritik	105
2. Lösung der Frage im Arbeitsrecht	106
a) bei Ereignissen, die in die Risikosphäre des ArbG fallen	109
b) bei Ereignissen, die von Dritten in verantwortlicher Weise herbeigeführt worden sind	110
3. Zusammenfassung	113

III. Das Problem der alternativen Kausalität	114
1. In den Risikobereich des ArbG fallende Nebenursache	114
2. Nebenursache, für die eine Verantwortlich- keit Dritter besteht	116
3. Zusammenfassung	119
IV. Das Problem der kumulativen Kausalität	120
1. In den Risikobereich des ArbG fallende Zweitursache	121
2. Zweitursache, für die ein Dritter verant- wortlich ist	121
3. Zusammenfassung	122
V. Der Einfluß einer ordentlichen oder außerordent- lichen Kündigung auf den Schadensersatzanspruch des ArbG	123
VI. Ergebnis	130
§ 5. Verschulden des ArbN	132
§ 6. Mitverschulden des ArbG nach § 254 BGB	135
I. Mitverschulden des ArbG bei der Entstehung des Schadens	137
II. Schadensabwendungs- und -minderungspflicht des ArbG	140
1. Pflicht zur Verrichtung der liegengeblie- benen Arbeit	141
2. Pflicht zur Suche einer Ersatzkraft	141
3. Schadensminderung bei der Suche	142
III. Hinweis auf einen besonders hohen Schaden	143
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	144
§ 7. Beweisanforderungen	145
I. Beweislastverteilung	145
II. Richterliche Beweiswürdigung	149

- VII -

§ 8. Besonderheiten bei der Nichterfüllung durch Minderjährige	150
§ 9. ANHANG : Bußen und Vertragsstrafen	151
I. Bußen	152
II. Vertragsstrafen	154
Zusammenfassende Betrachtung	156
Lebenslauf	165

Schrifttumsverzeichnis

- Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, 16.Aufl. 1964.
- Baur, Der Ersatz der Aufwendungen für präventiven Gewässerschutz, JZ 1964,354.
- Blomeyer, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 3.Aufl.1964.
- Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 4.Aufl.1962.
- Boehmer, Gustav, Einführung in das bürgerliche Recht, 2.Aufl.1965.
- Bötticher, Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 1966,301.
- Brecher, Anm.zu BAG in AP Nr.2 zu § 628 BGB (= BAGE 13,234).
- Bruck-Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1961.
- Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.
- v.Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg 1956.
- v.Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962.
- Canaris, Anm.zu BAG in SAE 1967,75 (= BAGE 18,307).
- Cantzler, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156,29.
- Coing, Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden, SJZ 1950,866.
- Denecke, Anrechnung von Bummelschichten, BB 1951,783.
- Dersch, Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in Festschrift für W.Herschel (1955), S.71.
- Dersch, Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB, RdA 1958,441.
- Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 6.Aufl.1955.
- Dietz, Friedenspflicht und Arbeitskampfrecht (Anm.zu BAGE 6,321), JZ 1959,425.
- Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 4.Aufl.1967.

- Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 3.Aufl.1932.
- Dunz, Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette,
NJW 1966,134.
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bear-
beitung 1958.
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts, 15.Bearbeitung 1959/60.
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1,
4.Aufl.1967.
- Esser, Schuldrecht, Band 1, 3.Aufl.1968.
- Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, Kommentar, begründet von
Landmann-Rohmer, 12.Aufl.1969.
- Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, 1970.
- Fikentscher, Das Schuldrecht, 1965.
- Fischer, H.A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berück-
sichtigung des Privatrechts, München 1911.
- Frey, Die Nichterfüllung der Arbeitspflicht als Grundlage
von Schadensersatzpflichten des Arbeitnehmers, BB 1959,
744.
- Frey, Anm.zu BAG in ArbUR 1968,95 (= BAG NJW 1968,221).
- Frotz, Der "Ersatz in Geld" nach § 250 S.2 BGB, JZ 1963,391.
- Galperin-Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz,
4.Aufl.1963.
- Gamillscheg, Die Haftung des Arbeitnehmers, Karlsruhe 1965.
- Geigel, Anm.zu LG Hagen in NJW 1963,765.
- Gernhuber, Haftung bei alternativer Kausalität (Anm.zu
BGH JZ 1961,173), JZ 1961,148.
- Grunsky, Anm.zu BGH in JZ 1966,273.
- Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens,
Berlin 1968.
- Gumpert, Schadensersatz wegen Arbeitsvertragsbruches des
Arbeitnehmers in der Rechtsprechung, BB 1963,397.
- Haas, Die Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglich-
keit im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1963.
- Hagen, Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs,
JuS 1969,61.
- Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

- Heldrich, Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden,
NJW 1967,1737.
- Herget, Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers und seine
Folgen, DB 1969,2340.
- Herschel, Die rechtliche Bedeutung schutzgesetzlicher Vor-
schriften im Arbeitsrecht, RdA 1964,7.
- Herschel, Arbeitsrecht, 1968.
- Herschel, Anm. zu BAG in AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch,
Entscheidung 10 (= BAG NJW 1968,221).
- Hueck, Götz, Zum Problem der überholenden Kausalität,
JR 1953,404.
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1,
7.Aufl.1963.
- Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen
Arbeit, 4.Aufl.1943.
- Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5.Aufl.1957.
- Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionsschutz nach
§ 906 BGB, Tübingen 1964.
- Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität, Göttingen
1954.
- Kollhosser, Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinter-
essen beim Unfall eines Angestellten, AcP 166,277.
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von
Mitgliedern des Reichsgerichts, I.Band, bearbeitet
von Würdinger, 2.Aufl.1953.
- Kurtze, Die Bedeutung des verhinderten Verlustes im Schadens-
ersatzrecht, JR 1956,201.
- Lange, Hermann, Zum Problem der überholenden Kausalität,
AcP 152,153.
- Lange, Hermann, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuld-
haft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den
Umfang der Ersatzpflicht auf die Schwere des Verschul-
dens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt
werden? Gutachten für den 43.Deutschen Juristentag,
Tübingen 1960.
- Larenz, Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadens-
ersatzrecht (Anm.zu BAGE 6,321), NJW 1959,865.

- Larenz, Möglichkeiten einer Begrenzung der Haftung über Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden, in Karlsruher Forum 1959, S.10.
- Larenz, Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, VersR 1963,1.
- Larenz, Anm. zu BAG in SAE 1963,60 (= BAGE 13,234).
- Larenz, Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, Festschrift für Nipperdey (1965), Band 1, S.489.
- Larenz, Anm.zu BAG in AP Nr.7 zu § 249 BGB (=BAG NJW 1968,221).
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I (Allgemeiner Teil), 10.Aufl.1970; Band II (Besonderer Teil), 9.Aufl.1968.
- Lemhöfer, Die überholende Kausalität und das Gesetz, JuS 1966,337.
- Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, 1929.
- Lindenmaier, Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHR 113,207.
- Löwe, Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen? VersR 1963,307.
- Lotmar, Der Arbeitsvertrag,1.Band, Leipzig 1902.
- Maus, Handbuch des Arbeitsrechts (Loseblattausgabe).
- Mayer-Maly, Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung,JZ 1961,205.
- Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967.
- Möller, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937.
- Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrags, Leipzig 1925.
- Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966.
- Neumann-Duesberg, Einzelprobleme der überholenden Kausalität, JZ 1955,266.
- Neumann-Duesberg, Persönlichkeitsrecht, Vertragsfreiheit und gegenseitige Sozialpflichtigkeit, JZ 1962,204.
- Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133,277.
- Neuwald, Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung, Diss.München 1968.
- Niederländer, Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 153,41.
- Niederländer, Hypothetische Schadensereignisse, JZ 1959,617.

- Niederländer, Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960,617.
- Nikisch, Das Arbeitsverhältnis im Betriebe, Berlin 1944.
- Nikisch, Arbeitsrecht, Band 1, 3.Aufl.1961.
- Nörr, Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, AcP 158,1.
- Oehmann, Der Arbeitsvertragsbruch im Arbeitsrecht, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch I, Übersicht.
- Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923.
- Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5.Aufl.1928.
- Offerhaus, Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers eines unfallgeschädigten Arbeitnehmers wegen Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, BB 1963,772.
- Palandt-Bearbeiter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 28.Aufl.1969.
- Pieper, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JuS 1962,409.
- Planck-Siber, Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4.Aufl.1914.
- Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II.Band, 1.Teil, 11.Aufl.1959.
- Reinicke, Zum Übergang von Schadensersatzansprüchen auf den Arbeitgeber, NJW 1953,1243; NJW 1954,1464.
- Rohlfing-Kiskalt-Wolff, Handkommentar zur Gewerbeordnung, 3.Aufl.1961.
- Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl. 1961.
- Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965.
- Rother, Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere, NJW 1965,177.
- Savaète, Der Vertragsbruch beim gewerblichen Arbeits- und Lehrvertrag, ArbuR 1956,5.
- Schatter, Die fixierte Entschädigung des Arbeitgebers bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers nach der Gewerbeordnung, DB 1952,866.

- Schaub, Die Rechte des Arbeitgebers bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers, DB 1966, 1187.
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 1. Band, 4. Aufl. 1960.
- Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954.
- Schwittay, Der Arbeitsvertragsbruch des Arbeitnehmers und seine rechtlichen Zusammenhänge, Diss. Münster 1959.
- Selb, Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963.
- Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, Festschrift für H. Lehmann (1956), Band II, S. 670.
- Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935.
- Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958.
- Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 10. Aufl. 1967.
- Stahlhacke, Kommentar zur Gewerbeordnung, Arbeitsrechtlicher Teil, Stand 1970.
- Staudinger-Bearbeiter, Recht der Schuldverhältnisse, (II. Band) Teil 1 c; 10./11. Aufl. 1967; Teil 2: 11. Aufl. 1955; Teil 3: 11. Aufl. 1958; Familienrecht (IV. Band), Teil 3 b, 10./11. Aufl. 1969.
- Stöcker, Das vermögenswerte Recht an der genutzten Arbeitskraft, RdA 1966, 121.
- Stoll, Schadensersatz und Strafe, in Festschrift für M. Rhein-stein, Band II, S. 569.
- Stoll, Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs? JuS 1968, 504.
- Sumera, Ist die potentielle Gebrauchsmöglichkeit eines Rechts ein selbstständiger Vermögenswert? NJW 1964, 1841.
- Thiele, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167, 193.
- Thiele, Anm. zu BAG in SAE 1968, 81 (= BAG NJW 1968, 221).
- Thiele, Aufwendungen des Verletzten zur Schadensabwehr, in Festschrift für Felgenträger (1959), S. 393.
- Thomas-Putzo, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. 1968.
- Titze, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1932, unveränderter Nachdruck, Berlin 1948.
- Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.

- Trinkner, Schadensersatzansprüche bei fristloser Kündigung
(Anm.zu BAGE 18,307), BB 1966,1025.
- Trinkner, Ersatzkraftkosten ohne Einstellung einer Ersatz-
kraft ? (Anm.zu LAG Frankfurt) in BB 1967,162.
- v.Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, I.Band, Leipzig 1910.
- Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadens-
ersatzrecht, 1960.
- Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band I, II,
Tübingen 1960/62.
- Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Band II,
Karlsruhe 1964.
- Weitnauer, Gedanken zu Stand und Reform des Schadensersatz-
rechts, VersR 1963,101.
- Weyhardt, Wandlungen des Schadensbegriffs in der Recht-
sprechung, Diss. Frankfurt 1965.
- Weyhardt, Zum Schadensersatzanspruch bei Benutzung oder
Entzug fremder Nutzungsmöglichkeiten, BB 1966,609.
- Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemein-
schaftsverhältnis, Karlsruhe 1966.
- Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964.
- Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJB
Bd.82 (N.F.Bd.46), S.51 ff.
- Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6.Aufl.1900.
- Winter, Einige Entwicklungslinien des neueren Schadens-
satzrechts, VersR 1967,334.
- Wolf, Ernst, Anm.zu BAG in AP Nr.9 zu § 70 HGB(=BAGE 18,307).
- Wolff, Karl, Die zeitliche Begrenzung des Schadensersatzes
bei Arbeitsvertragsbruch, ArbuR 1968,262.
- Wolf, Manfred, Kündigung vor Arbeitsantritt und Schadens-
ersatz, JuS 1968,65 (Anm.zu BAGE 16,204).
- Wuttke, Vorteilsausgleich bei Schadensersatzansprüchen
wegen Arbeitsvertragsbruchs, DB 1967,2227.
- Zeuner, Zum Problem der überholenden Kausalität, AcP 157,441.
- Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden,
AcP 163,380.
- Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allge-
meiner Teil, 1900.

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AÖG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitgeber; auch: Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbN	Arbeitnehmer
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ARS	Rechtsprechung in Arbeitssachen
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten (Arbeitsrechtliche Entscheidungssammlung)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG (E)	Bundesarbeitsgericht (Amtliche Entscheidungssammlung)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH (Z)	Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Zivilsachen, Amtliche Sammlung)
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
f. (ff.)	folgende (mehrere folgende) Seiten oder Paragraphen

Fn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
JherJB	Jherings Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmeier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH (Z)	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (Entscheidungen in Zivilsachen, Amtliche Sammlung)
OLG	Oberlandesgericht
RAG (E)	Reichsarbeitsgericht (Amtliche Entscheidungs- sammlung)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Recht	Das Recht (Zeitschrift)
RG (Z)	Reichsgericht (Entscheidungen in Zivilsachen, Amtliche Sammlung)
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
Rspr.	Rechtsprechung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
str.	strittig
stRspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
UrlG	Urlaubsgesetz

VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

=====

Erfüllt der ArbN die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Pflicht, für den ArbG Arbeit zu leisten, in einer von ihm zu vertretenden Weise **n i c h t**, so hat er dem ArbG den aus dieser Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

Diese auf den ersten Blick einleuchtende Feststellung eröffnet bei genauerer Untersuchung den Blick für eine ganze Reihe sowohl für die Wissenschaft als auch für die Praxis bedeutsamer Probleme.

Ohne Zweifel untersteht das Verhältnis zwischen ArbG und ArbN - zunächst ganz allgemein gesehen - dem Arbeitsrecht, welches nach der herrschenden Lehre als Sonderrecht der unselbstständigen ArbN angesehen wird. Die außerordentlich große Bedeutung dieses Rechtsgebiets auch für das Wirtschaftsleben zeigt sich an der Tatsache, daß Arbeit letztlich die Existenzgrundlage für die große Mehrheit aller Menschen bildet.

Die besonderen Bedürfnisse der unselbstständigen ArbN haben die Gesetzgebung in steigendem Maße zum Eingreifen veranlaßt mit der Folge, daß die diesbezüglichen Rechtsverhältnisse weit über den Rahmen des allgemeinen Privatrechts hinaus in den verschiedensten Rechtsgebieten geregelt wurden. So finden sich arbeitsrechtliche Bestimmungen sowohl im Privatrecht (vgl. §§ 611 ff. BGB, 59 ff. HGB) als auch im öffentlichen Recht (vgl. z.B. §§ 105 ff. GewO) und in einer Reihe von selbstständigen arbeitsrechtlichen Gesetzen (z.B. KSchG, UrlG, TVG). Die Frage, in welches Teilgebiet unseres heutigen Rechtssystems das Arbeitsrecht und insbesondere der hier interessierende Ausschnitt des

Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht einzuordnen ist, kann daher nicht ohne weiteres beantwortet werden. Teils wird hier eine Unterordnung des Einzelarbeitsvertragsrechts unter die Bestimmungen des BGB, teils eine Eigenständigkeit des Arbeitsrechts als Sonderrecht gefordert. Während sich die erste Auffassung auf die Tatsache der Regelung des Dienstvertrages in den §§ 611 ff. BGB stützt, verweist die zweite darauf, daß der Gesetzgeber des BGB die besondere Eigenart des Arbeitsverhältnisses nicht in seiner ganzen Tragweite erkannt habe und die gesetzliche Regelung somit überholt sei.

Dieser sich letztlich um die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses drehende Streit ist jedoch im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht von untergeordneter Bedeutung.

Gewichtiger ist hier die Frage, in welchem Umfang die schadensersatzrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auf den Ersatzanspruch des ArbG anzuwenden sind.

Bekanntlich kennt das Arbeitsrecht - selbst wenn man seine Eigenständigkeit befürwortet - weder eigene Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit, über die Arten der Ersatzleistung und den Schadensumfang noch über Verschulden und Mitverschulden. Hieran zeigt sich, daß in jedem Falle auf die entsprechenden Bestimmungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muß; dies wird ernstlich auch nur vereinzelt bestritten.

Ein anderes Problem ist aber, inwieweit Abwandlungen und Einschränkungen der bürgerlichrechtlichen Grundsätze zulässig oder gar erforderlich sind. Im Rahmen des "innerbetrieblichen Schadensausgleichs" bei gefahrgeneigter Arbeit sind Abwandlungen beispielsweise des "Alles-oder-Nichts" - Prinzips und des Verschuldensgrundsatzes bereits fester Bestandteil des geltenden Rechts geworden. Diese und auch die bei der Untersuchung des Schadensersatzanspruchs des ArbG wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht gewonnenen

Ergebnisse werden bei der beabsichtigten Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches zu berücksichtigen sein. Da das BGB die Probleme des modernen Industriezeitalters und der modernen Massengesellschaft weitgehend unberücksichtigt läßt, kommt das Gebiet des Arbeitsrechts für eine Lückenausfüllung vorrangig in Betracht. Schon dadurch erwachsen dem Gesetzgeber bedeutende Aufgaben ¹⁾.

Eine Beschäftigung mit schadensersatzrechtlichen Problemen kommt weiter nicht umhin, sich mit der ständig fortschreitenden Weiterentwicklung des Schadensbegriffs auseinanderzusetzen. Gerade das Schadensersatzrecht steht in neuerer Zeit im Mittelpunkt kritischer Erörterungen; macht sich doch auf diesem Gebiet die Modernisierung des Rechts- und Wirtschaftslebens am deutlichsten bemerkbar. Die Vor- und Nachteile der gesetzlichen Regelung, die Zweckmäßigkeit der juristischen Konstruktion und die Möglichkeiten einer Neugestaltung bilden bereits seit langem den Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen.

Die traditionelle Schadenslehre, von der auch die Gesetzgeber des BGB ausgehen, sieht im Schadensbegriff einen natürlichen Begriff. Die neueren Bestrebungen gehen demgegenüber dahin, den Schaden zu "normativieren" ²⁾. Damit wird jedoch eine Wertungsebene in das Schadensersatzrecht eingeführt, die im Gesetz - historisch gesehen - nicht enthalten ist. Andere Bestrebungen wiederum führen im Ergebnis zu einer bedenklichen Aushöhlung der Bestimmung des § 253 BGB, wonach Nichtvermögensschäden nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen zu ersetzen sind ³⁾.

Als Gegenpol zu einer derartigen Ausweitung des Schadensbegriffs sind die Bemühungen um ein Aufzeigen der bestehen-

1) Vgl. Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, S.4.

2) Vgl. z.B. die Rechtsprechung und das Schrifttum zur Problematik der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

3) Vgl. zu dieser Frage vor allem die Problematik des Nutzungsentgangs und des Geldersatzes für den Verlust von Freizeit, auf die unten S.48 ff. und S.72 ff. näher eingegangen wird.

den und der für die Zukunft zu fordernden Haftungs e i n -
s c h r ä n k u n g e n zu verstehen, die von gewichtigen
rechtspolitischen Bedenken getragen sind ⁴⁾.

Die Untersuchung wird zeigen, daß sich im Arbeitsrecht
Einschränkungen der Haftung des ArbN über das allgemeine
Maß hinaus aus dem Charakter des Arbeitsrechts als eines
Arbeitnehmerschutzrechts ergeben. Diese besondere Schutz-
würdigkeit des ArbN hat ihre Grundlage sowohl in seiner
persönlichen als auch in seiner wirtschaftlichen Abhängig-
keit vom ArbG, deren Auswirkungen sich auch über den Zeit-
punkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus er-
strecken.

Daneben dürfen jedoch die Interessen des ArbG nicht
außer Acht gelassen werden, denn schließlich ist jede
Nichterfüllung zugleich eine Treuepflichtverletzung. Daß
ein billiges Ergebnis hier aber nicht nur mit Hilfe des
Sanktionsgedankens zu erzielen ist, wird zu zeigen sein.

Eine Einbeziehung wertkausaler Anknüpfungspunkte ist bei
der Rechtsfindung heute nicht mehr hinwegzudenken ⁵⁾. Die
Frage nach der gesellschaftlichen Aufgabe eines Rechtsin-
stituts oder einer Rechtsnorm, die Frage nach dem Grundge-
danken und Zweck einer Norm, sind legitime Mittel der
Rechtsanwendung geworden und haben auch die Fortentwick-
lung des Rechts maßgeblich beeinflusst ⁶⁾.

Die wachsende Bedeutung des gesamten Problems zeigt sich
erst so recht in der modernen Industriegesellschaft, im
Zeitalter der Industrialisierung und Rationalisierung.
Hier wird die Tätigkeit des fehlenden ArbN bis zu seinem
Wiedererscheinen bzw. bis zur Einstellung einer Ersatz-

4) Vgl.dazu vor allem Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht sowie die Verhandlungen des 43.Dtsch.Juristentags, Band I und II.

5) Vgl.Fabricius,S.2.

6) So auch Fabricius,aao.

kraft oft von anderen ArbN und in der Regel ohne Mehrkosten mitverrichtet werden. Eine Vermögensdifferenz im Sinne der Differenztheorie ist dann auf seiten des ArbG sicher nicht aufgetreten, sodaß die Versagung eines Schadensersatzanspruchs in diesen Fällen durchaus möglich erscheint. Denn ebenso wie man nicht sagen kann, dies sei eben der Preis, den der Unternehmer für die Rationalisierung zu zahlen habe, kann man den ArbN nicht für seinen Vertragsbruch betrafen, will man nicht die Prinzipien einer allein dem Staat zustehenden strafrechtlichen Sanktion des Schädigers und eines zivil- bzw. arbeitsrechtlichen Schadensausgleichs in unzulässiger Weise vermengen.

Eine Bestrafung des ArbN liegt nicht nur in einer Überdehnung des Schadensbegriffs, sondern auch in einer grundsätzlichen Nichtberücksichtigung hypothetischer oder alternativer Ursachen, die den gleichen Schaden herbeigeführt hätten und die der ArbG risikomäßig zu tragen hat. In diesem Zusammenhang wird zu untersuchen sein, ob nicht der Gedanke der Rechtszuständigkeit im Arbeitsrecht als Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann.

Die gesamte Problematik des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht ist nach Zeiten einer kurzfristigen Beruhigung auf dem Arbeitsmarkt wieder besonders aktuell, da der Mangel an Arbeitskräften erneut erhebliche Ausmaße angenommen hat und weiter im Steigen begriffen ist. Bekanntermaßen führt steigende Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt und das damit verbundene Bieten höherer Löhne und Gehälter sowie das Versprechen günstigerer Arbeitsbedingungen zu einem erhöhten Anreiz für den einzelnen ArbN, seinen alten Arbeitsplatz notfalls auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verlassen.

Zusammenfassend gesehen soll es Aufgabe der vorliegenden Abhandlung sein, eine dem Charakter des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht entsprechende dogmatische Grund-

lage für den Schadensersatzanspruch des ArbG wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht zu schaffen.

Die Methode der Untersuchung wird darin bestehen, ausgehend von den gesetzlichen Tatbeständen die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches des ArbG zu prüfen, wobei Rechtsprechung und Schrifttum - insbesondere zu den arbeitsrechtlichen Fragen - im einzelnen zu analysieren und kritisch zu beleuchten sind. Daraus sollen dann eigene Schlußfolgerungen gezogen werden, wobei auch rechtspolitische Erwägungen im Hinblick auf die Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches zu berücksichtigen sein werden.

Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf das Gebiet des Einzelarbeitsvertragsrechts.

Der Gang der Darstellung ist folgender:

Nach einer Bestimmung des Begriffs der "Nichterfüllung der Arbeitspflicht" (§ 1) wird auf die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen eingegangen (§ 2). Die Arten der Ersatzleistung werden im Zusammenhang mit der Schadensberechnung untersucht (§ 3); in diesem, den Schwerpunkt der Arbeit bildenden Abschnitt wird vor allem auf den Schadensbegriff und die Problematik der Vorteilsausgleichung einzugehen sein. Es folgen Betrachtungen über den Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüllung und Schadenseintritt (§ 4), über das Verschulden des ArbN (§ 5), das Mitverschulden des ArbG (§ 6) sowie über die Beweisanforderungen (§ 7) und einige Besonderheiten bei der Nichterfüllung durch Minderjährige (§ 8). In einem Anhang (§ 9) werden die Möglichkeiten einer Verhängung von Bußen und Konventionalstrafen kurz aufgezeigt.

§ 1. Bestimmung des Begriffs "Nichterfüllung der Arbeitspflicht"

Wenn im Folgenden von Schadensersatz wegen "Nichterfüllung der Arbeitspflicht" die Rede ist, so soll darunter nicht nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne der §§ 325, 326 BGB verstanden werden, sondern jeglicher aus einer Verletzung der Arbeitspflicht durch Nichterfüllung entstehende Schadensersatzanspruch.

I. Dienstpflicht und Arbeitspflicht

N i c h t erfüllung der Arbeitspflicht besagt schon dem Wortlaut nach, daß überhaupt keine Arbeit geleistet wird. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob den ArbN eine Arbeitspflicht schon bei Abschluß des Arbeitsvertrags trifft oder ob nicht vielmehr bis zum Antritt der Arbeit lediglich eine "Dienstpflicht" besteht, die den ArbN zunächst nur verpflichtet, in den Dienst des ArbG zu treten.

Die V e r t r a g s t h e o r i e ⁷⁾ sieht im Arbeitsvertrag die "das Arbeitsverhältnis begründende und gestaltende Willenseinigung" und leitet schon daraus unmittelbar die Pflicht des ArbN zur Leistung von Arbeit ab.

Demgegenüber sieht die E i n g l i e d e r u n g s - t h e o r i e ⁸⁾ das Wesen des Arbeitsvertrags lediglich in der schuldrechtlichen Verpflichtung des ArbN, in den Dienst des ArbG zu treten. Eine Verpflichtung zur Leistung von Arbeit entsteht hiernach erst mit der Eingliederung des ArbN in den Betrieb, also mit der Arbeitsaufnahme.

Da Nikisch im Ergebnis sowohl bei Verletzung der Dienstpflicht als auch bei Verletzung der Arbeitspflicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren will ⁹⁾, braucht

7) Diese ist heute hL; vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, S.116ff.; Nipperdey bei Staudinger-Nipperdey, Vorbem.32 vor § 611.

8) Diese wird heute nur noch von Nikisch vertreten; vgl. Lehrb.S.270 f.

9) AaO S.274 f.; 299 f.

auf diesen Theorienstreit nicht weiter eingegangen zu werden¹⁰⁾.

Darzulegen bleibt, was im weiteren Verlauf der Abhandlung unter dem Begriff "Arbeitspflicht" verstanden werden soll. Dabei empfiehlt es sich, vom natürlichen Sprachgebrauch auszugehen. So wird sich auch ein juristisch nicht geschulter ArbN regelmäßig schon bei Abschluß des Arbeitsvertrages bewußt sein, daß er sich damit verpflichtet hat, für den ArbG Arbeit zu leisten, ohne daß es dazu noch eines tatsächlichen Aktes der Einstellung oder Arbeitsaufnahme bedürfte¹¹⁾.

Unter "Arbeitspflicht" soll daher im Folgenden die mit Abschluß des Arbeitsvertrages begründete Pflicht des ArbN verstanden werden, für den ArbG Arbeit zu leisten. Dabei ist es gleichgültig, ob der ArbN seine Stellung bereits angetreten hat oder nicht, ebenfalls ob die Nichterfüllung nur vorübergehender Natur ist und das Arbeitsverhältnis weiterbestehen läßt oder ob eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Folge ist.

II. Abgrenzung der Nichterfüllung von der Schlechterfüllung

N i c h t e r f ü l l u n g der Arbeitspflicht liegt dann vor, wenn der ArbN seiner Pflicht zu arbeiten überhaupt nicht nachkommt, die geschuldete Arbeitsleistung im vereinbarten Leistungszeitpunkt also unterbleibt.

Von **S c h l e c h t e r f ü l l u n g** ist dagegen dann zu sprechen, wenn der ArbN seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung zwar nachgekommen ist, die Ausführung der Arbeit jedoch mangelhaft ist¹²⁾. Mit anderen Worten ist

10) Der ursprünglich scharfe Streit zwischen den beiden Theorien ist mittlerweile weitgehend abgeflaut.

11) Vgl. auch Hueck-Nipperdey, S.197 Fn.1 aE.

12) So auch Nikisch, S.302; Hueck-Nipperdey, S.227; Frey, BB 1959,744.

Schlechterfüllung jede "den ArbG irgendwie schädigende Handlung, die der ArbN in E r f ü l l u n g seiner Arbeitspflicht vornimmt" ¹³⁾. Dazu gehört sowohl das Erstellen eines fehlerhaften Arbeitsergebnisses als auch das zu langsame Arbeiten und die sogenannte "passive Resistenz" ¹⁴⁾, ebenso auch das Übernahmeverschulden des ArbN, also der Fall, daß der ArbN eine Stellung angenommen hat, obwohl ihm die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten fehlen und er dadurch einen Schaden herbeiführt ¹⁵⁾.

Kein Fall der Schlechterfüllung liegt beispielsweise dann vor, wenn der ArbN seine Mittagspause eigenmächtig verlängert oder sich zwar am Arbeitsplatz befindet, dort aber mit seinen Kollegen Karten spielt ¹⁶⁾. In diesen Fällen kommt der ArbN seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung überhaupt nicht nach, es liegt N i c h t erfüllung vor ¹⁷⁾.

III. Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Arbeitsvertragsbruch

Der Ausdruck "Arbeitsvertragsbruch" wird in der Literatur und in der Rechtsprechung nicht einheitlich gebraucht und taucht oft neben dem Begriff der Nichterfüllung auf. Im Interesse einer einheitlichen Terminologie ist hier zwischen den beiden Begriffen eine Abgrenzung zu treffen.

Im allgemeinen Schuldrecht wird der Ausdruck "Vertragsbruch" nicht verwendet. Im Arbeitsrecht versteht man, wenn man allgemein von Verletzung der Arbeitspflicht spricht, darunter

13) Hueck-Nipperdey, S. 227.

14) Vgl. Nikisch, S. 300; Hueck-Nipperdey, S. 226 f.; RGZ 111, 112.

15) Vgl. Gamillscheg, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 2.

16) Im Erg. auch Hueck-Nipperdey, S. 223 ff.; Nikisch, S. 302.

17) Daß diese Fälle in der Praxis in Schadensersatzrechtlicher Hinsicht kaum Bedeutung erlangen, liegt daran, daß die versäumte Arbeit in der Regel nachgeholt wird und dem ArbG im Ergebnis ein Gewinn dadurch nicht entgeht.

Im Wiederholungsfall kann sich daraus jedoch ein Grund zur fristlosen Kündigung ergeben, vgl. BAG DB 1969, 1154.

die Fälle der Nichterfüllung u n d der Schlechterfüllung. Im Gesetz taucht der Ausdruck "Vertragsbruch" lediglich in § 124 b GewO auf und wird dort für das rechtswidrige Verlassen der Arbeit verwendet. Rechtsprechung und Lehre haben hier eine Einschränkung insofern getroffen, als der ArbN die Absicht haben muß, nicht an seinen Arbeitsplatz zurückzukehren ¹⁸⁾ und eine Erweiterung insofern, als der rechtswidrige Nichtantritt der Stellung dem rechtswidrigen Verlassen gleichgestellt wird ¹⁹⁾.

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird der Begriff des Arbeitsvertragsbruchs unterschiedlich definiert. Während Hueck ²⁰⁾ darunter jede schuldhaft Verletzung der Arbeitspflicht versteht, fällt nach Nikisch ²¹⁾ nur das rechtswidrige Nichtantreten oder das vorzeitige Verlassen der Stellung darunter. Eine noch engere Auslegung trifft Dersch ²²⁾, der nur die vorzeitige rechtswidrige Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Vertragsbruch bezeichnet.

Ebenso wie im allgemeinen Sprachgebrauch das Wort "Bruch" nur für die schwersten Verletzungen verwendet wird und dann darunter ein "Auseinanderfallen", ein "Sichvoneinanderlösen" verstanden wird ²³⁾, sollten auch im Arbeitsrecht unter Arbeitsvertragsbruch nur die schwerwiegendsten Vertragsverletzungen zusammengefaßt werden.

Hierunter fällt nur ein Verhalten des ArbN, durch welches er sich widerrechtlich weigert ²⁴⁾, in Zukunft seiner Arbeitspflicht nachzukommen ²⁵⁾, durch welches er sich vom

18) Vgl.u. S.25, Fn.55.

19) Vgl.u. S.25, Fn.57.

20) Hueck-Nipperdey, S.224; ebenso Maus, S.216.

21) Nikisch, S.274; ebenso Gamillscheg, S.2; Schaub, DB 1966, 1187.

22) Kaskel-Dersch, S.244; ähnl.Savaète, ArbuR 1956,5.

23) Vgl.Herget, DB 1969,2341.

24) Die Weigerung ist dann nicht widerrechtlich, wenn das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß beendet wurde (z.B.durch Kündigung, Zeitablauf, Aufhebungsvertrag) oder wenn dem ArbN ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

25) Ähnl.auch Schwittay, Diss.S.10; Frey, BB 1959,744; letzterer unterscheidet zwischen Erfüllungsunterlassen und Erfüllungsabbruch.

ArbG lossagt ²⁶⁾.

Fraglich ist, ob der Begriff des Vertragsbruchs bereits den Vorwurf schuldhaften ²⁷⁾ oder gar vorsätzlichen ²⁸⁾ Handelns enthält ²⁹⁾.

Diese Frage ist unter dem oben angeführten Gesichtspunkt, daß nur die schwersten Fälle einer Pflichtverletzung unter diesen Begriff fallen, zu entscheiden. Eine wirklich schwere Verletzung der Arbeitspflicht kann aber nur ein vorsätzliches Handeln des ArbN begründen. Bringt er hingegen glaubhaft vor, er habe das Vorliegen eines Grundes zur fristlosen Kündigung angenommen, so ist er - wenn sein Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte - zwar zum Schadensersatz verpflichtet. Von einem "Vertragsbruch" sollte man in diesem Falle jedoch nicht sprechen ³⁰⁾.

Unter dem Begriff "Arbeitsvertragsbruch" werden daher im Folgenden nur die Fälle zusammengefaßt, in denen sich der ArbN widerrechtlich und vorsätzlich weigert, für die Zukunft seiner Arbeitspflicht nachzukommen. In der Praxis wird es sich dabei regelmäßig um solche Fälle handeln, in denen der ArbN ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist an einen neuen Arbeitsplatz überwechselt ³¹⁾.

26) Vgl. auch Herget, DB 1969, 2341; im Erg. auch BAG AP Nr. 1 zu § 276 BGB, Vertragsbruch.

27) So z.B. Hueck-Nipperdey, S. 224; Maus, S. 216.

28) So z.B. Frey, BB 1959, 744; für den Vertragsbruch i.e.S. auch Hueck-Nipperdey, aaO; Maus, aaO.

29) Grundsätzlich abl. Schwittay, Diss. S. 10.

30) Diese Frage ist nicht nur in theoretischer Hinsicht, sondern durchaus auch für die Praxis von Bedeutung, so z.B. dann, wenn für den Fall eines "Vertragsbruchs" eine Konventionalstrafe vereinbart wurde. Das BAG läßt offensichtlich Fahrlässigkeit zur Annahme eines Vertragsbruchs genügen, vgl. BAG NJW 1968, 221.

31) Das in diesem Zusammenhang auftauchende verfassungsrechtliche Problem eines Konflikts zwischen dem Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 12 I GG) einerseits und der Vereinbarung oder gesetzlichen Festlegung von Kündigungsfristen andererseits kann hier nicht vertieft werden. So verständlich es aber ist, daß ein ArbN unter Berufung auf diesen Verfassungsgrundsatz nach besser bezahlten Stellen strebt, so muß doch genauso das berechnete Interesse des ArbG an der Einhaltung des Arbeitsvertrags Beachtung finden.

§ 2. Die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen

Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung sollen nur diejenigen Schadensersatzansprüche des ArbG behandelt werden, die sich aus einer Verletzung des Arbeitsvertrags durch Nichterfüllung der Arbeitspflicht ergeben. Soweit in dieser Handlung zugleich ein Eingriff in den eingerichteten oder ausgeübten Gewerbebetrieb oder eine sittenwidrige Schädigung liegt, werden die zu den vertraglichen Ansprüchen in Anspruchskonkurrenz stehenden Ansprüche aus §§ 823, 826 BGB oder § 1 UWG beiseitegelassen ¹⁾.

Bei den vertraglichen Ansprüchen ergeben sich verschiedene Anspruchsgrundlagen, je nachdem ob das Arbeitsverhältnis trotz Nichterfüllung weiterbesteht oder ob es durch fristlose Kündigung seitens des ArbG beendet wird. Für gewerbliche ArbN sind neben den bürgerlichrechtlichen Vorschriften einige Sondervorschriften zu beachten.

I. Bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses

Erfüllt der ArbN seine Arbeitspflicht nicht, so endet damit das Arbeitsverhältnis nicht von selbst, und zwar auch dann nicht, wenn sich der ArbN grundsätzlich weigert, seine Stellung anzutreten oder weiterzuarbeiten. Beendet wird in diesem Falle nur der Erfüllungszustand ²⁾. Das Arbeitsverhältnis selbst kann enden durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung, durch Fristablauf oder durch Aufhebungsvertrag ³⁾.

Solange das Arbeitsverhältnis weiterbesteht, kann der ArbN mit seiner Arbeitsleistung in Verzug geraten, oder die Erbringung der Leistung kann ihm unmöglich werden.

1) Zu diesen Ansprüchen vgl. Schwittay, Diss. S.65 ff.

2) Vgl. Nikisch, S.275.

3) Ein solcher Aufhebungsvertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden, so z.B. wenn der ArbG mit dem an sich unberechtigten Verlassen der Arbeitsstelle durch den ArbN einverstanden ist - vgl. Hueck-Nipperdey, S.528.

1. Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf den Arbeitsvertrag

Nach Auffassung der liberalen Epoche war der Arbeitsvertrag ein rein schuldrechtlicher Vertrag, der den Austausch von Arbeit und Lohn zum Gegenstand hatte und somit zu den gegenseitigen Verträgen gehörte. Aus dieser Sicht heraus ist es nicht verwunderlich, daß der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag im Schuldrecht des BGB geregelt wurde und dort seine Parallele in anderen schuldrechtlichen Austauschverträgen, wie Kauf, Miete, Pacht oder Werkvertrag findet.

In der neueren Zeit wurden die persönlichen Beziehungen der Parteien des Arbeitsvertrags immer mehr betont. So erkannte man vor allem, daß die vom ArbN in eigener Person zu erbringende und in persönlicher Abhängigkeit vom ArbG zu leistende Arbeit die Persönlichkeit des ArbN in ganz anderer Weise erfaßt als eine bloße Verpflichtung zur Sachleistung. Ebenso erkannte man, daß der ArbG durch das Versprechenlassen persönlicher Arbeit notwendig in eine enge persönliche Beziehung zum ArbN tritt, daß also zwischen beiden ein über bloße schuldrechtliche Pflichten hinausgehendes Rechtsverhältnis eigener Art begründet wird.

Aus diesen Erwägungen heraus wird das Arbeitsverhältnis heute überwiegend als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet ⁴⁾. Wie die Regelung des Gesellschaftsvertrags im Rahmen des Schuldrechts zeigt, erblickt

4) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 129; Nikisch, S. 169; Denecke, RGRK zum BGB, Vorbem. I vor § 611; Dersch, RdA 1958, 441; Kaskel-Dersch, S. 19; Larenz II, S. 199 f.; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 82 ff.; BAG AP Nr. 2 zu § 616 BGB. AA z. T. Wiedemann (S. 35), der zwar anerkennt, daß man dem Arbeitsverhältnis ohne Gemeinschaftsbezug nicht gerecht werde, der es jedoch als zu weitgehend ablehnt, das Rechtsinstitut schlechthin als Gemeinschaftsverhältnis zu bezeichnen. Nach seiner Ansicht entspringen die Hauptpflichten - Arbeitsleistung und Lohnzahlung - nicht wie bei der Gesellschaft dem Zusammenschluß, sondern vielmehr dem gegenseitigen Leistungsaustausch.

das BGB in der Begründung einer die Person erfassenden Gemeinschaft keinen Gegensatz zum Schuldvertrag ⁵⁾. Es betont vielmehr auch bei dieser Gemeinschaft den individualistischen Charakter und stellt die aus dem Gemeinschaftsverhältnis entspringenden einzelnen Ansprüche in den Vordergrund ⁶⁾.

Der Arbeitsvertrag gehört somit nach geltendem Recht zu den schuldrechtlichen Verträgen, da er beide Parteien verpflichtet, vermögenswerte Leistungen zu erbringen. Er läßt sich weiter in die Gruppe der gegenseitigen Verträge einreihen, da jeder Vertragspartner seine eigene Leistung erbringt, um die Gegenleistung zu erhalten ⁷⁾.

Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für gegenseitige Schuldverträge (§§ 320 ff. BGB) auf das Arbeitsverhältnis ist zunächst solange unbedenklich, als dieses noch nicht in den Erfüllungszustand getreten ist ⁸⁾. Aber auch wenn später Sondervorschriften eingreifen (vgl. z.B. §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO), so ist dies kein zwingender Grund für die Annahme, daß die §§ 323 ff. BGB ganz allgemein für das Arbeitsverhältnis nicht passen ⁹⁾. Sie gelten vielmehr auch weiterhin, sofern sie die sich aus dem Synallagma ergebenden Pflichten - Arbeitsleistung und Ent-

5) Vgl. Hueck-Nipperdey, S.132.

6) Hueck-Nipperdey, aaO.

7) Allg.Ansicht; vgl. Hueck-Nipperdey, S.131; Nikisch, S.161.

9) So aber beispielsweise RAG ARS 1933,195; 1937,230;

Denecke, RGRK zum BGB, Vorbem.I vor §§ 611 ff.

8) Allg.Ansicht; vgl. Nikisch, S.274.

gelt - betreffen. Die entsprechenden Sondervorschriften greifen dann im Hinblick auf die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses ein ¹⁰⁾.

So sind auch die hier interessierenden Bestimmungen der §§ 325, 326 BGB insoweit anwendbar, als sie dem ArbG Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusprechen ¹¹⁾.

2. Abgrenzung von Unmöglichkeit der Leistung des ArbN und Verzug des ArbN

Die Frage, ob eine schuldhaftige Nichterfüllung der Arbeitspflicht vom ArbN zu vertretende Nichterfüllung oder Verzug des ArbN darstellt, ist heftig umstritten ¹²⁾.

Da eine Abgrenzung dieser beiden Arten der Leistungsstörung wegen der in § 326 BGB erforderlichen Fristsetzung durchaus auch von praktischer Bedeutung ist ¹³⁾, soll im Folgenden näher auf diese Frage eingegangen werden.

a) Ist der Zeitpunkt der Erbringung der Arbeitsleistung im Einzelfall **n i c h t** wesentlicher Bestandteil der Arbeitspflicht und tritt der ArbN in diesem Fall seine Stellung nicht oder nicht rechtzeitig an, so kommt er nach erfolgter Mahnung in Verzug (vgl. § 284 BGB) ¹⁴⁾.

b) Bei anfänglicher **o b j e k t i v e r** Unmöglichkeit der Leistung - eine solche ist nicht schlechthin undenkbar ¹⁵⁾ - greift § 306 BGB ein, d.h. der Vertrag ist nich-

10) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 133; Schnorr v. Carolsfeld, S. 162.

11) Das Rücktrittsrecht des ArbG ist durch eine Kündigung für die Zukunft zu ersetzen.

12) Eine Ableitung des Schadensersatzanspruchs aus positiver Forderungsverletzung kommt daneben nicht in Betracht, da sich die Fälle der **N i c h t** Erfüllung der Arbeitspflicht ausnahmslos unter die Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit subsumieren lassen. - aa offensichtlich BAG NJW 1968, 221; Schaub, DB 1966, 1187.

13) So zutr. auch Herget, DB 1969, 2345.

14) Vgl. auch Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 611, Anm. 139.

15) Beispiel: Vereinbarung einer völlig unsinnigen Arbeitsleistung.

tig 16).

Ist der ArbN schon bei Abschluß des Arbeitsvertrags zur Erbringung der Leistung nicht in der Lage¹⁷⁾, so ist unbestritten, daß er für sein anfängliches s u b j e k t i - v e s Unvermögen einzustehen hat¹⁸⁾. Umstritten ist jedoch, ob der Schuldner kraft einer Übernahmegarantie für sein Leistungsunvermögen ohne Rücksicht auf ein Verschulden einzustehen hat oder nur bei Verschulden.

Da ein anfängliches Unvermögen des ArbN seinen "Urgrund" stets in dessen eigenem Geschäftskreis finden wird, der Schuldner für die "Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises" jedoch stets haftet¹⁹⁾, braucht dieser Frage hier nicht weiter nachgegangen zu werden.

c) Kann der ArbN die Arbeitsleistung im vereinbarten Leistungszeitpunkt deshalb nicht erbringen, weil er arbeitsunfähig krank ist, ist die Leistung aber gleichwohl objektiv möglich²⁰⁾, so handelt es sich um einen Fall nachträglichen subjektiven Unvermögens. Dieses ist der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt (vgl. § 275 II BGB).

Hat der ArbN sein Unvermögen zu vertreten, etwa weil er seine Arbeitsunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt hat²¹⁾, so greift § 325 I BGB ein²²⁾.

16) Vgl. Fabricius, S. 103.

17) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 306 BGB : anfängliches Unvermögen, falls der ArbN für dieselbe Zeit Dienstverträge mit zwei ArbG abschließt.

18) Vgl. z.B. Larenz I, § 8 II (S. 85 ff.); Staudinger-Kaduk, § 306, Anm. 3; BGHZ 47, 269.

19) So schon Oertmann, Recht der Schuldverh., S. 147; vgl. auch Larenz I, S. 86 f.

20) Erkennt man der zu erbringenden Leistung den Charakter eines Fixgeschäfts zu (vgl. dazu u. d.), dann liegt schon von vornherein objektive Unmöglichkeit der Leistung vor.

21) Vgl. dazu u. S. 134.

22) Bei n i c h t zu vertretendem Unvermögen werden die allgemeinen Regeln des BGB durch verschiedene Spezialvorschriften verdrängt, vgl. z.B. §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO.

d) In der Regel wird der ArbN im vereinbarten Leistungszeitpunkt zur Erbringung der Leistung durchaus in der Lage sein. Die Frage, wie ein schuldhaftes Unterlassen in diesem Falle zu bewerten ist, wird in der Literatur verschieden beantwortet ²³⁾.

Hueck ²⁴⁾ nimmt bei schuldhafter Nichtleistung grundsätzlich Verzug des ArbN an, da nach dem Grundsatz "dies interpellat pro homine" eine **Mahnung** nicht erforderlich sei (vgl. § 284 II BGB). Sei eine Nachholung - wie in der Regel - nicht möglich, so führe der Verzug eine (völlige oder teilweise) Unmöglichkeit herbei ²⁵⁾. Da zur Zeit des Beginns der Nichtleistung das Erbringen der Leistung theoretisch möglich sei, trete die Unmöglichkeit erst während des Verzugs ein und nur während der Dauer desselben. Aus diesem Grunde will Hueck hier Verzugsvorschriften anwenden. Zu einem anderen Ergebnis kommt Nikisch ²⁶⁾ für den Fall, daß der ArbN seine Stellung nicht oder nicht rechtzeitig entritt oder sie vorzeitig verläßt und damit seine "Dienstpflicht" verletzt. Bei der Dienstpflicht handelt es sich nach Nikisch um eine absolute Fixschuld, die "nicht auf Grund besonderer Abrede, sondern ihrem Inhalt nach nur zu einer bestimmten Zeit erfüllt werden kann". Werde die Leistung während der Vertragszeit nicht erbracht, so sei eine Nachholung nicht möglich; die Leistung sei ganz oder teilweise unmöglich geworden. Erfüllt der ArbN seine Arbeitspflicht schuldhaft nicht, so kommt er nach Nikisch zwar ebenfalls in Verzug mit der Folge der Unmöglichkeit. Im Gegensatz zu Hueck will Nikisch in diesen Fällen jedoch die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung anwenden ²⁷⁾. Zum gleichen Ergebnis kommt Nipperdey ²⁸⁾,

23) In der Rechtsprechung wird diese Frage durchweg offengelassen, vgl. z.B. BAG NJW 1968, 221.

24) Hueck-Nipperdey, S. 223; ebenso LAG Düsseldorf DB 1968, 91.

25) Im Erg. auch Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 129.

26) Lehrbuch, S. 274.

27) AoO; im Erg. auch Oehmann, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch I, Übersicht; Baumbach-Duden, § 59, Anm. 4.

28) Staudinger-Nipperdey, § 611, Anm. 139.

nach dessen Ansicht der Leistungszeitpunkt in der Regel wesentlicher Bestandteil der Arbeitspflicht ist und bei Versäumung der für die Arbeit vorgesehenen Zeit für diese Zeit die Arbeit nicht mehr erbracht werden kann.

Zu diesen Ansichten ist folgendes zu bemerken:
Verzugsvorschriften können grundsätzlich nur dann und solange gelten, als die Leistung noch möglich ist und der Schuldner zu ihr nicht dauernd und endgültig unvermögend ist ²⁹⁾. Sie setzen zudem eine Nachholbarkeit der Leistung voraus ³⁰⁾. Tritt die Unmöglichkeit oder das Unvermögen erst während des Verzugs ein, dann müssen von diesem Zeitpunkt an die Vorschriften über die U n m ö g l i c h - k e i t der Leistung angewendet werden ³¹⁾.

Bei der Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug kann somit im Ergebnis auf die N a c h h o l b a r k e i t der Leistung des ArbN abgestellt werden.

Für diese Frage der Nachholbarkeit kommt es im Einzelfall darauf an, welcher Art die zu erbringende Arbeitsleistung ist. So wird die von einem allein an einer Maschine beschäftigten ArbN zu erbringende Leistung solange nachholbar sein, als sie nicht von anderen ArbN miterledigt wird. Dagegen wird die Leistung eines an einem Fließband beschäftigten ArbN in aller Regel von Anfang an unmöglich - da nicht nachholbar - sein, unabhängig davon, ob er im Einzelfall durch einen anderen ArbN ersetzt wurde oder nicht.

Da die Arbeit des ArbN regelmäßig in "sukzessiv zu bewirkenden Teilleistungen" zu erfüllen ist ³²⁾, letztere aber insbesondere im industriellen Bereich meistens den Charakter von Fixgeschäften haben, können sie bei Säumnis des

29) So schon RGZ 97,9.

30) Vgl. Larenz I, S. 251 f.

31) So auch Larenz, aaO.

32) Vgl. Fabricius, S. 100 ff.

ArbN nicht nachgeholt werden. Dann wird allenfalls die durch ein geringfügiges Zuspätkommen verlorene Arbeitszeit im Einzelfall nachholbar sein ³³⁾.

Damit läßt sich zusammenfassend feststellen:

Wäre der ArbN im vereinbarten Leistungszeitpunkt in der Lage gewesen, die Arbeitsleistung zu erbringen, hat er sie jedoch tatsächlich n i c h t erbracht, so liegt, solange die Leistung nachholbar ist ^{33a)}, V e r z u g ; falls sie nicht mehr nachholbar ist, U n m ö g l i c h k e i t v o r .

3. Die einzelnen Anspruchsgrundlagen

a) bei Verzug des ArbN

Die Voraussetzungen des Verzugs - Fälligkeit der Leistung und Mahnung - ergeben sich aus der Vorschrift des § 284 I BGB, wobei eine Mahnung dann entfällt, wenn der Leistungszeitpunkt vereinbart ist (§ 284 II BGB) ³⁴⁾.

Der ArbN kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB).

Bei Verzug des ArbN kann der ArbG entweder neben einer Nachholung der Leistung den Ersatz des Verzugsschadens fordern (§ 286 I BGB) oder er kann unter den Voraussetzungen des § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen ^{34a)}; im letzteren Falle ist der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen (§ 326 I S.2 BGB).

³³⁾ So auch Fabricius, aaO.

^{33a)} Vorbehaltlich des Vorliegens der übrigen notwendigen Tatbestandsmerkmale des Verzugs (vgl. § 284 BGB).

³⁴⁾ Verzug liegt auch dann vor, wenn der ArbN schon vor Fälligkeit die Leistung bestimmt und endgültig verweigert - vgl. LAG Düsseldorf BB 1968, 91.

^{34a)} Das Rücktrittsrecht wird allerdings durch ein Recht zur fristlosen Kündigung ersetzt; vgl. dazu auch o. S. 14 f.

b) bei Unmöglichkeit der Leistung des ArbN

Im Falle einer vom ArbN zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung ergibt sich der Schadensersatzanspruch des ArbG aus § 325 I BGB.

Bei nur teilweiser Unmöglichkeit kann der ArbG, wenn die teilweise Erfüllung des Arbeitsvertrags für ihn kein Interesse mehr hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern (Vgl. § 325 I S.2 BGB).

Der Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung ist wie folgt zu berücksichtigen:

Hat der ArbG seine Leistung, das Arbeitsentgelt, bereits erbracht, so muß er dies dem ArbN belassen und hat einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des vollen Erfüllungsinteresses.

Falls der ArbG dagegen seine Leistung noch nicht bewirkt hat, kann er sie einbehalten und Schadensersatz in Höhe der Wertdifferenz verlangen³⁵⁾; hierbei handelt es sich um einen einseitigen Geldanspruch³⁶⁾.

-
- 35) Dieses Ergebnis entspricht der herrschenden Differenztheorie; da es sich beiderseits um Geldansprüche handelt, kommt eine Anwendung der Austauschtheorie ohnehin nicht in Betracht. -Vgl.hierzu Planck-Siber, § 325, Anm.1; Oertmann, § 325, Anm.1 b; Enneccerus-Lehmann, § 48 I 2; Larenz I, § 22 II (S.249 f.)
Falls der ArbG keinen Schadensersatz verlangt, den Lohn aber schon ausbezahlt hat, kann er für die Zeit der Nichterfüllung den gezahlten Lohn nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen (§§ 325 I S.3, 323 III BGB). Wegen § 819 BGB kann sich der ArbN dann regelmäßig nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen.
- 36) Da es sich im Ergebnis um eine Aufrechnung zwischen Schadensersatz und offenen Lohnbeträgen handelt, müssen hier die Beschränkungen des § 394 BGB i.V. mit §§ 850 ff. ZPO eingreifen. Dies gilt jedoch nicht bei vorsätzlicher Nichterfüllung, da in diesem Falle die Einrede der Arglist zulässig wäre - vgl. Oehmann, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch I, Übersicht.

II. Bei fristloser Kündigung durch den ArbG

Erfüllt der ArbN seine Arbeitspflicht schuldhaft nicht und kündigt ihm darauf der ArbG fristlos aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) ³⁷⁾, so kann der ArbG den durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schaden vom ArbN ersetzt verlangen (§ 628 II BGB) ³⁸⁾.

Nach dem im bürgerlichen Recht allgemein geltenden Verschuldensprinzip genügt ein objektiv vertragswidriges Verhalten nicht; der ArbN muß mindestens leicht fahrlässig gehandelt haben ³⁹⁾.

Nach der Kündigung steht dem ArbN ein Anspruch auf Zahlung von Arbeitslohn für die zurückliegende Zeit insoweit nicht zu, als die bisherige Leistung infolge der Kündigung für den ArbG kein Interesse mehr hat (vgl. § 628 I S.2 BGB). Verlangt der ArbG keinen Schadensersatz, so ist ein bereits vorausbezahlter Lohn nach Maßgabe des § 347 BGB zurückzuerstatten, da der ArbN die Kündigung zu vertreten hat (vgl. § 628 I S.3 BGB).

37) Wann die Nichterfüllung der Arbeitspflicht durch den ArbN einen Grund zur fristlosen Kündigung für den ArbG darstellt, läßt sich stets nur unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des betreffenden Einzelfalls sagen. Dabei kommt es darauf an, ob nach Lage der Umstände der kündigenden Partei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nach Treu und Glauben zugemutet werden kann - vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, S.528; Nikisch, S.724; Kaskel-Dersch, S.240; BAG AP Nr.4 zu § 626 BGB.

Auch in der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den ArbG kann eine fristlose Kündigung von seiner Seite enthalten sein, vor allem dann, wenn der ArbN bereits eine neue Stelle angetreten hat.

38) Die entsprechende Vorschrift des § 70 II HGB wurde aufgehoben durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 (BGBl. I S.1106).

39) Baumbach-Duden, § 70, Anm.4; Schlegelberger, § 70, Anm.27; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 628, Anm.42; RAG ARS 1943,66; RGZ 112,37.

Der Schadensersatzanspruch aus § 628 II BGB kann in verschiedener Hinsicht begrenzt sein.

aa) Hat der ArbG seinerseits schuldhaft den Arbeitsvertrag verletzt und dadurch dem ArbN Anlaß zur Nichterfüllung gegeben ⁴⁰⁾, so kann sein Schadensersatzanspruch nach Maßgabe des § 254 I BGB gemindert sein oder ganz entfallen ⁴¹⁾.

bb) Haben dagegen sowohl ArbG als auch ArbN einen Grund zur fristlosen Kündigung, so ist ein Schadensersatzanspruch des ArbG nach allgemeiner Ansicht stets ausgeschlossen ⁴²⁾. Da sich in diesem Falle die Einschränkung aber nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, bedarf es zu ihrer Rechtfertigung einer besonderen Begründung.

Das BAG ⁴³⁾ geht dabei vom Sinn und Zweck des § 628 II BGB aus, wonach nur derjenige mit einer Schadensersatzfolge belastet werden könne, der **e i n s e i t i g** schuldhaft eine dem anderen unzumutbare Situation geschaffen habe. Sofern beide Parteien eine solche Situation geschaffen haben, sei "in Wirklichkeit das Arbeitsverhältnis inhaltsleer und als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs nicht mehr geeignet".

Nach Ansicht des BGH ⁴⁴⁾, der sich auf Staudinger-Nipperdey stützt ⁴⁵⁾, ist überhaupt kein Schaden entstanden, wenn beide Teile zur fristlosen Kündigung berechtigt waren.

40) Beispiel: der ArbG beleidigt den ArbN, ohne daß darin bereits ein Grund zur fristlosen Kündigung zu sehen wäre; der ArbN erscheint gleichwohl nicht mehr zur Arbeit. Kündigt der ArbG und verlangt er Schadensersatz nach § 628 II BGB, so muß er sich sein Mitverschulden entgegenhalten lassen. - vgl.dazu auch u.§ 6 I.

41) So auch Hueck-Nipperdey, S.713.

42) Vgl.BAG SAE 1967,75 mit im Erg. zust.Anm.Canaris; Trinkner, BB 1966,1025; BGH JZ 1966,273 mit im Erg.zust. Anm.Grunsky; Hueck-Nipperdey, S.713; Nikisch, S.854; Soergel-Siebert, § 628, Anm.6; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 628, Anm.50; LAG Bremen DB 1953,555; aA Wolf in Anm.zu AP Nr.9 zu § 70 HGB.

43) E 18,307.

44) BGHZ 44,271 = JZ 1966,275.

45) Vgl.Anm.50 f. zu § 628.

Dies soll auch dann gelten, wenn feststeht, daß der ArbN seinerseits nicht gekündigt hätte, denn es widerspräche Treu und Glauben, den ArbN deshalb schlechter zu stellen, weil er am Vertrag festhalten wolle.

In Wirklichkeit geht es hier jedoch nicht darum, daß überhaupt kein Schaden entstanden ist, sondern darum, daß derselbe Schaden auch ohne die Kündigung des ArbG entstanden wäre, nämlich durch eine Kündigung des ArbN ⁴⁶⁾. Der ArbN kann sich darauf berufen, daß der Schaden auch bei einem ihm möglichen rechtmäßigen Verhalten - nämlich bei Fernbleiben nach berechtigter eigener fristloser Kündigung - eingetreten wäre ⁴⁷⁾.

Der Schadensersatzanspruch des ArbG entfällt im Ergebnis von dem Zeitpunkt ab, in dem beide Teile zur fristlosen Kündigung berechtigt waren. Daß es hier nicht auf den Ausspruch der Kündigung durch den ArbG ankommen kann, zeigt die Überlegung, daß einerseits das Kündigungsrecht des ArbN durch eine zuvor erfolgte fristlose Kündigung des ArbG eliminiert würde ⁴⁸⁾ und andererseits der ArbG durch Hinauszögern des Ausspruchs der Kündigung für die vorangegangene Zeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Ersatz des Verzugs Schadens fordern könnte ⁴⁹⁾. Oft wird schon in der Nichterfüllung eine fristlose Kündigung des ArbN zu sehen sein, wenn dieser damit zum Ausdruck bringen will, daß er nicht weiter am Vertrag festhalten

46) Im Erg. auch Grunsky, aaO; vgl. auch Canaris, aaO, der in diesem Falle den Schadensersatzanspruch im Wege einer teleologischen Reduktion des § 628 II BGB entfallen lassen will, da es ansonsten zu einem Wettlauf um die Ausübung des Kündigungsrechts komme, der nicht rechtens sein könne.

47) Zu dieser Frage der Berücksichtigung eines "rechtmäßigen Alternativverhaltens" vgl. u. § 4 V.

48) Grunsky (aaO) will hier in Anlehnung an die mögliche Anfechtung eines bereits nichtigen Vertrages auch eine fristlose Kündigung des ArbN nach bereits erfolgter Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den ArbG zulassen und stellt aus diesem Grunde auf den Ausspruch der Kündigung durch den ArbG ab.

49) Vgl. Wolf, Anm. zu AP Nr. 9 zu § 70 HGB.

wolle. Dann wird schon die Wirksamkeit der Kündigung des ArbG zweifelhaft sein.

Solange nur der ArbG berechtigt ist, fristlos zu kündigen, kann er vollen Schadensersatz verlangen, soweit nicht schon in diesem Zeitpunkt ein Mitverschulden nach § 254 I BGB auf seiner Seite vorliegt oder dem ArbN ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Wollte man dem ArbG auch rückwirkend alle Ansprüche versagen ⁵⁰⁾, so läge darin ein Rechtsentzug zu seinen Lasten ⁵¹⁾.

III. Sonderbestimmungen für gewerbliche ArbN

Bei Vertragsbruch durch gewerbliche ArbN ist die Sondervorschrift des § 124 b GewO zu beachten. Diese Bestimmung wurde eingeführt, um den durch die schwierige Beweislage begründeten unzureichenden Rechtsschutz des ArbG auszugleichen ⁵²⁾. Sie gibt dem ArbG die Möglichkeit, einen kleineren Betrag rasch einklagen zu können, anstatt durch einen oft langwierigen Prozeß einen größeren, aber oft schwer zu beweisenden Schaden geltend machen zu müssen.

§ 124 b GewO gewährt dem ArbG bei "Vertragsbruch" des ArbN für den Tag des Vertragsbruchs sowie für jeden folgenden Tag der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, höchstens jedoch für eine Woche ⁵³⁾ den Betrag des ortsüblichen Tageslohns ⁵⁴⁾ als Entschädigung.

Seinem Wortlaut nach umfaßt § 124 b GewO nur den Vertragsbruch durch rechtswidriges Verlassen der Arbeit, worunter das Verlassen vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit oder der

50) So offenbar BAG aaO; BGH aaO; Canaris, aaO.

51) So zutr. Wolf, aaO.

52) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm. 1.

53) Bei einer kürzeren Kündigungsfrist als einer Woche allerdings nur für diese kürzere Zeitspanne; diese Einschränkung folgt aus dem Sinn der Bestimmung - vgl. auch Schaub, DB 1966, 1187.

54) Also nicht des tatsächlich gezahlten Verdienstes. Die Festsetzung erfolgt gem. §§ 149 ff. RVO durch das Versicherungsamt.

Kündigungsfrist oder überhaupt ohne Kündigung mit der Absicht, nicht wiederzukehren zu verstehen ist ⁵⁵⁾. Fehlt der ArbN, ist er jedoch an sich arbeitswillig, so kann in diesem Zusammenhang von Vertragsbruch keine Rede sein ⁵⁶⁾. Auch Schlechterfüllung in Form von Langsamarbeiten kann nicht als Vertragsbruch oder "Verlassen" im Sinne des § 124 b GewO ausgelegt werden, selbst wenn der ArbN damit seine Entlassung provozieren wollte.

Nach allgemeiner Ansicht ist im Rahmen des § 124 b GewO der durch rechtswidrigen ~~N i c h t a n t r i t t~~ des Arbeitsverhältnisses begangene Vertragsbruch dem durch rechtswidriges Verlassen begangenen gleichzustellen, da der Gesetzgeber auch diesen Fall regeln wollte ⁵⁷⁾.

Obwohl der Wortlaut des § 124 b GewO nur auf die Rechtswidrigkeit des Verlassens abstellt, ist nach Überwiegen der Meinung auch ein ~~V e r s c h u l d e n~~ des ArbN zu fordern ⁵⁸⁾. Diese Tatsache ergibt sich aus dem im bürgerlichen Recht geltenden Verschuldensprinzip, welches eine Haftung nur bei Verschulden bzw. Vertretenmüssen kennt. Wenn die Vorschrift des § 124 b GewO auch in einem öffentlichrechtlichen Gesetz zu finden ist, so sind auf den vor den Arbeitsgerichten einzuklagenden Anspruch doch die im Schadensersatzrecht des BGB geltenden allgemeinen Grundsätze anzuwenden, zumal der Anspruch selbst nicht öffentlichrechtlicher Natur ist. Der ArbN hat somit Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 BGB) ⁵⁹⁾.

55) Rechtsprechung und Lehre legen also den Begriff des Vertragsbruchs in § 124 b GewO ~~e n g~~ aus; vgl. Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm.4; Hueck-Nipperdey, S.224; LAG Baden-Württemberg BB 1965,495.

56) So auch ArbG Hannover BB 1961,716.

57) Vgl. BAGE 3,137; Hueck-Nipperdey, S.224; Nikisch, S.276; Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm.4; LAG Düsseldorf BB 1961,1322; Frey, BB 1959,744; Schaub, DB 1966,1187; aA Rohlfing-Kiskalt-Wolf, § 124 b, Anm.3.

58) So auch Hueck-Nipperdey, S.224; Eyermann-Fröhler, § 124 b Anm.4; Schwittay, Diss.S.64; Schaub, DB 1966,1187; aA Rohlfing-Kiskalt-Wolf, § 124 b, Anm.3.

59) Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm.4; Hueck-Nipperdey, S.224; Fn.6; aA Stahlhacke, § 124 b, Anm.II.

Der Nachweis eines Schadens des ArbG ist nicht erforderlich, vielmehr ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes sogar der Gegenbeweis, daß kein Schaden entstanden ist, unzulässig ⁶⁰⁾.

Der Anspruch aus § 124 b GewO steht dem ArbG wahlweise neben dem Erfüllungsanspruch oder einem sonstigen Schadensersatzanspruch zu. Hat der ArbG jedoch einmal von seinem Wahlrecht dergestalt Gebrauch gemacht, daß er die Entschädigung nach § 124 b GewO fordert, so sind die übrigen Ansprüche für die Zukunft ausgeschlossen. Das gilt auch für eine an sich verwirkte Vertragsstrafe, die trotz Vorhandenseins des § 124 b GewO für den Fall eines Vertragsbruchs ausbedungen werden kann ⁶¹⁾. Wird die Vertragsstrafe statt der Entschädigung verlangt, so ist sie nicht auf den Betrag eines Wochenlohns herabzusetzen, da die Vorschrift des § 124 b GewO die Geltendmachung eines höheren Schadens gerade nicht ausschließen will ⁶²⁾.

Die Regelung des § 124 b GewO gilt für Gesellen und Gehilfen uneingeschränkt, ebenso für gewerbliche Angestellte (vgl. §§ 133 e, 133 g GewO) ⁶³⁾.

In bezug auf gewerbliche Arbeiter gilt sie dagegen nur für solche, die in Betrieben mit weniger als zwanzig ArbN beschäftigt sind (vgl. § 134 I S.2 GewO) mit Ausnahme der in § 154 I Nr.3 GewO genannten Betriebe, für die diese Beschränkung nicht gilt (vgl. §§ 154 I, 134 I S.2 GewO).

Keine Anwendung findet die Sonderbestimmung des § 124 b auf Apotheker- und Handlungsgehilfen (vgl. § 154 I Nr.1, 2 GewO), auf Beschäftigte im Bergbau (vgl. § 154 a GewO) ⁶⁴⁾

60) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm.9; Hueck-Nipperdey, S.224; Nikisch, S.276; Schaub, DB 1966, 1187.

61) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm.11, 12.

62) Vgl. aber § 343 BGB.

63) Hueck-Nipperdey, S.224; Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm.3.

64) Wenn § 139 aa GewO nach dem Wortlaut des § 154 a GewO eigentlich Anwendung findet, so handelt es sich dabei nach überwiegender Meinung um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers, der nach Aufhebung der §§ 135-139 b und Einfügung des § 139 aa eine entsprechende Berichtigung in § 154 b vergaß - vgl. Eyermann-Fröhler, § 154 a, 1.

sowie auf Volontäre, da diese nicht gegen Entgelt beschäftigt werden⁶⁵⁾.

Die Regelung des § 124 b GewO kommt in der gerichtlichen Praxis kaum zur Anwendung. Gerade in einer Zeit der Überbeschäftigung sollte sie größere Beachtung finden, zumal sie den ArbG vom Nachweis eines Schadens befreit⁶⁶⁾.

Da der Anspruch aus § 124 b GewO kein Schadensersatzanspruch im eigentlichen Sinne ist und nur eine Pauschalierung zuläßt, ist er für die weitere Untersuchung von untergeordneter Bedeutung.

65) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 124 b, Anm. 3; ArbG Bremen BB 1961, 96.

66) Worauf Wolff, ArbUR 1968, 262 zutr. hinweist.

IV. Ergebnis

Da der Arbeitsvertrag zu den schuldrechtlichen Austauschverträgen gehört, sind die §§ 320 ff. BGB - soweit sie eine Verpflichtung zum Schadensersatz aussprechen - im Arbeitsrecht uneingeschränkt anwendbar.

Schwierigkeiten bereitet der Versuch, die Säumnis des ArbN unter die Voraussetzungen des Verzugs oder der Unmöglichkeit der Leistung einzuordnen. Der Grund hierfür ist, daß die diesbezüglichen allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auf die Leistung von Sachen zugeschnitten sind. Dort sind Verwischungen der Grenzen zwischen den einzelnen Tatbeständen des Schuldnerverzugs und der Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners kaum denkbar ⁶⁷⁾.

Im Arbeitsrecht ist bei der Abgrenzung zwischen diesen beiden Formen der Leistungsstörung letztlich auf die Nachholbarkeit der Leistung im Einzelfall abzustellen. Ist diese nicht mehr nachholbar, liegt Unmöglichkeit der Leistung vor; in diesem Falle sind die Unmöglichkeitsvorschriften auch dann anzuwenden, wenn die Unmöglichkeit erst während des Verzugs eintritt.

Das schuldhafte Fernbleiben des ArbN von der Arbeit bzw. das schuldhafte vorzeitige Verlassen des Arbeitsplatzes durch den ArbN bedarf in Anbetracht der bestehenden Unzulänglichkeiten einer gesetzlichen Neuregelung. Dies gilt nicht für die Fälle, in denen der ArbG seinerseits dem ArbN fristlos kündigt und den "durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses" entstehenden Schaden ersetzt verlangt (vgl. § 628 II BGB); dieser Tatbestand ist hinreichend umrissen ⁶⁸⁾. Im Hinblick darauf, daß weder der ArbN selbst noch die Arbeitskraft eine Sache ist, empfiehlt sich hier die Schaffung eines Sondertatbestandes, der weder an das Merkmal des Verzugs noch an das der Unmöglichkeit anknüpft ⁶⁹⁾.

⁶⁷⁾ Vgl. auch Fabricius, S.104.

⁶⁸⁾ So auch Fabricius, aaO.

⁶⁹⁾ Im Erg. auch Fabricius, aaO.

§ 3. Arten der Ersatzleistung und Schadensberechnung

Die Art und Weise der Ersatzleistung ergibt sich aus den §§ 249 ff. BGB; insoweit gilt im Arbeitsrecht nichts anderes als im sonstigen Recht der Schuldverhältnisse ¹⁾. In Betracht kommt Naturalrestitution und Geldersatz.

Zu untersuchen ist aber, inwieweit sich bei diesen Arten der Ersatzleistung im Rahmen der einzelnen Anspruchsgrundlagen aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses Abweichungen ergeben können.

Da beim Geldersatz die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Einstellung einer Ersatzkraft auftretenden Fragen in Rechtsprechung und Praxis bei weitem überwiegen, soll auf sie besonders ausführlich eingegangen werden. In diesem Zusammenhang ist vor allem das Problem der Vorteilsausgleichung und die Problematik des Schadensbegriffs von Bedeutung.

I. Naturalrestitution

Nach § 249 S.1 BGB hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Unter "Zustand" ist hier nach einhelliger Auffassung in erster Linie der t a t s ä c h l i c h e Zustand, nicht nur die rechnerische Vermögenslage zu verstehen. Die erste Schwierigkeit taucht schon bei der Frage auf, welches denn bei einer Nichterfüllung der Arbeitspflicht der herzustellende Zustand sein soll; des weiteren ist fraglich, ob der vor der Nichterfüllung bestehende Zustand wegen der in ihr zugleich liegenden Treuepflichtverletzung überhaupt hergestellt werden kann.

Zu untersuchen ist auch, wie eine Naturalherstellung im einzelnen auszusehen hätte und welche Grenzen ihr bei den

1) So auch BAG AP Nr.1 zu § 276 BGB.

verschiedenen Anspruchsgrundlagen gesetzt sind. Dabei ist zu unterscheiden, ob der nichterfüllende ArbN in eigener Person herstellt oder ob er eine Ersatzkraft zur Verfügung stellt.

Da Herstellung nicht als "Wiederherstellung" gemeint ist ²⁾, genügt es, daß eine wirtschaftlich gleichartige Lage hergestellt wird ³⁾. Im Rahmen der Schadensersatzpflicht kommt es dem Geschädigten schließlich in erster Linie darauf an, einen wirtschaftlichen Ausgleich in seinem Vermögen zu erhalten. Aus diesem Grunde kann der nach § 249 S.1 BGB herzustellende Zustand - rein logisch betrachtet - durchaus ein anderer sein als der vor der Nichterfüllung bestehende, der auch die personenrechtlichen Beziehungen der Parteien umfaßt hat. Letzterer könnte freilich wegen des einmal gestörten Vertrauensverhältnisses nicht genauso wieder hergestellt werden.

Die in der Nichterfüllung liegende Treuepflichtverletzung kann somit für sich allein betrachtet den Herstellungsanspruch des ArbG nicht ausschließen.

Wie soll nun aber eine Naturalrestitution in unserem Falle aussehen?

Herstellung des vor der Nichterfüllung bestehenden Zustandes kann nur bedeuten, daß der nichterfüllende ArbN den leeren Arbeitsplatz wieder ausfüllen muß. Dies kann einmal dadurch geschehen, daß er dem ArbG seine Arbeitskraft wieder zur Verfügung stellt, die dieser dann kraft seines Weisungsrechts einsetzen kann, zum anderen aber auch dadurch, daß er eine Ersatzkraft für den ArbG besorgt.

2) So schon RGZ 165,260: Geschehenes läßt sich nicht ungeschehen machen.

3) Allgemeine Auffassung - vgl. Larenz I, § 28 I (S.330).

1. Herstellung durch den ArbN in eigener Person

Herstellung in Natur durch den nichterfüllenden ArbN in eigener Person bedeutet im Ergebnis *Nachleistung*⁴⁾. Aus dem Wesen des Arbeitsvertrages als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB, also daraus, daß er überwiegend zeitbestimmt ist, ergibt sich, daß im Zweifel die versäumten Arbeitsstunden nachzuholen sind.

Ist nun einerseits festgestellt, wie die Herstellung des vor der Nichterfüllung bestehenden Zustandes zu erfolgen hätte, so ist doch andererseits noch unklar, unter welchen Voraussetzungen sie bei den einzelnen Anspruchsgrundlagen verlangt werden könnte und wie sie zum Geldersatz hin abzugrenzen wäre.

a) Wird das Arbeitsverhältnis durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung seitens des ArbG beendet, so ist fraglich, ob sich nicht aus dem darin liegenden Verzicht des ArbG auf eine weitere Arbeitsleistung des ArbN ergibt, daß in diesen Fällen eine Nachleistung ausgeschlossen sein soll.

Dies kann jedoch nur für eine fristlose Kündigung und damit nur für den Schadensersatz aus § 628 II BGB gelten. Für diesen Anspruch läßt sich ein Ausschluß der Naturalrestitution schon aus dem Sinn des Gesetzes entnehmen. Weder kann hier der ArbN auf einer Herstellung bestehen noch kann der ArbG eine solche verlangen. Wenn dem ArbG eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem betreffenden ArbN nicht mehr zugemutet werden kann, so kann ihm auch eine Nachleistung durch diesen ArbN nicht zugemutet werden. Ebenso kann das Gesetz nicht Ersatz des durch die "Aufhebung" des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schadens anordnen und damit auch

4) Von dieser Nachleistung im Rahmen der Schadensersatzpflicht ist die Nachleistung im Sinne von nachträglicher *Erfüllung* bei Verzug des ArbN zu unterscheiden (vgl. u. b, cc).

Ersatz durch weitere Arbeitsleistung meinen.

Verzichtet der ArbG durch den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung auf die weitere Leistung des ArbN, so kann daraus noch nicht abgeleitet werden, daß er auch auf eine Nachleistung verzichten wolle oder gar müsse ⁵⁾.

b) Besteht das Arbeitsverhältnis trotz Nichterfüllung zunächst oder für immer fort, so sind die Möglichkeiten einer Naturalrestitution durch Nachleistung für die einzelnen Anspruchsgrundlagen getrennt zu untersuchen.

aa) Beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund der U n m ö g l i c h k e i t der Leistung des ArbN (§ 325 I BGB) richtet sich der Anspruch nach herrschender Meinung ⁶⁾ in der Regel nicht auf Herstellung in Natur, sondern auf Ersatz in Geld ⁷⁾. Die Ansicht, daß eine Naturalrestitution stets bereits durch den Sinn und Zweck des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ausgeschlossen sei, wird demgegenüber nur noch vereinzelt vertreten ⁸⁾. Da letztlich Einigkeit darüber besteht, daß dann, wenn die Naturalherstellung praktisch dazu führen würde, daß der Erfüllungsanspruch wieder auflebt, nur Geldersatz in Frage kommt ⁹⁾, soll die Untersuchung zunächst auf diesen Punkt beschränkt werden.

-
- 5) Eine Nachleistung wird in der Praxis aber oft schon daran scheitern, daß der ArbN eine neue Stellung angetreten hat und nun dem neuen ArbG zur Leistung von Arbeit vertraglich verpflichtet ist.
- 6) Vgl. z.B. Larenz I, § 22 I (S.243); Esser, § 65 1 d; Erman-Groepper, § 280, Anm.4; BGH NJW 1962,390.
- 7) Obwohl - wie Esser (aa0) zugibt - eine solche Regel nirgendwo niedergelegt ist. Vgl. auch Pieper, JuS 1962,412, der hier mit Recht meint, daß diese "Regel" allenfalls als statistisch gewonnener Erfahrungssatz, nicht aber als dogmatisch gesicherter Leitsatz gelten könne.
- 8) So z.B. von Staudinger-Werner, § 251, Anm.4 - früher jedoch allg. Ansicht, vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten II S.61; v.Tuhr, JherJB 46 (1904) S.49 f.,Fn.13.
- 9) Vgl. Pieper aa0.

Daß die ursprüngliche Erfüllungshandlung wegen der einmal unmöglich gewordenen Leistung nicht mehr geschuldet werden kann, bedarf keiner weiteren Begründung.

Eine nach § 249 S.1 BGB herzustellende wirtschaftlich gleichartige Leistung wird ohnehin selten mit der ursprünglich geschuldeten Leistung identisch sein ¹⁰⁾. Gleichwohl sind Fälle denkbar, in denen eine Naturalrestitution der ehemals geschuldeten Leistung gleichkäme ¹¹⁾. Rechtlich gesehen muß es sich auch hier um eine andere Leistung handeln, da die ursprüngliche unmöglich geworden ist. Es wäre jedoch gekünstelt, dann eine Unterscheidung vorzunehmen, wenn eine Leistung gefordert werden könnte, die im Ergebnis auf die nicht mehr geschuldete Leistung hinauslief ¹²⁾.

Aus dem Charakter der Arbeitsleistung ergibt sich nun, daß eine Herstellung in Form einer Nachleistung mit der ursprünglich geschuldeten Leistung identisch wäre. Der schädigende ArbN muß in diesem Falle nicht einen nur wirtschaftlich gleichartigen Zustand herstellen, sondern er muß in eigener Person nachleisten ¹³⁾.

Aus diesem Grunde kann bei einmal eingetretener Unmöglichkeit der Arbeitsleistung kein Anspruch auf Nachleistung bestehen.

bb) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 I BGB geht stets von vornherein nur auf Geldersatz. Lehnt der Gläubiger die ihm gebührende und noch mögliche Leistung ab und geht er nach § 326 I BGB vor, so gibt er zu erkennen, daß er an ihr nicht mehr interessiert ist.

10) Vgl.hierzu z.B. RG Recht 1924, Nr.1334; dort wurde dem Käufer bestimmter Sechswochenferkel, deren Lieferung der Verkäufer schuldhaft unmöglich gemacht hatte, ein Anspruch auf Naturalrestitution durch Lieferung anderer Ferkel zugesprochen. Die Schadensersatzleistung ist hier zwar im Hinblick auf die ursprünglich geschuldete Leistung gleichartig, sie ist jedoch nicht mit dieser identisch.

11) Pieper aaO bringt hierzu das Beispiel der Werkleistung.

12) So zutr. auch Pieper aaO.

13) Vgl.aber u.2.

Das Wahlrecht zwischen Erfüllungsanspruch und Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann hier nur bedeuten, daß Schadensersatz allein in Geld zu leisten ist ¹⁴⁾.

Auch bei Wegfall des Interesses nach § 326 II BGB folgt aus der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs zwangsläufig, daß der Gläubiger an einer Naturalherstellung nicht interessiert ist, sodaß sich der Schadensersatzanspruch auch hier grundsätzlich auf Geldersatz richtet ¹⁵⁾.

Dem ArbN muß es in jedem Falle möglich sein, eine nachholbare Leistung auch tatsächlich nachzuholen; in diesem Falle bleibt dem ArbG nur die Geltendmachung eines etwaigen Verzögerungsschadens nach § 286 I BGB!

cc) Macht der ArbG bei Verzug des ArbN lediglich Schadensersatzansprüche nach § 286 I BGB geltend, so tritt der Anspruch auf das Verzögerungsinteresse **n e b e n** den weiterbestehenden Erfüllungsanspruch.

Daraus folgt, daß ~~das~~ Verlangen einer "Nachleistung" durch den ArbG in diesem Falle in Wirklichkeit das Verlangen der geschuldeten und noch möglichen **E r f ü l l u n g** darstellt, nicht aber die Geltendmachung eines Anspruchs auf Naturalherstellung ¹⁶⁾.

14) So auch Pieper, aaO.

15) HM; vgl. Enneccerus-Lehmann, § 55 II; Lorenz I, § 23 II.

16) Verlangt der ArbG Nachholung der unterbliebenen Erfüllung, so ist er natürlich zur Gegenleistung verpflichtet. Geschieht die nachträgliche Erfüllung - wie in der Regel - außerhalb der üblichen Arbeitszeit, so braucht der ArbG **k e i n e** Überstundenzuschläge zu zahlen, denn andernfalls könnte sich der ArbN durch sein vertragswidriges Verhalten einen höheren Verdienst verschaffen - vgl. auch Denecke, BB 1951, 783; Oehmann, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch I, Übersicht. Da der ArbN neben der Nachholung zur Weitererfüllung verpflichtet ist, sind einer Nachleistung Grenzen gesetzt, so z.B. durch die Bestimmungen der AZO oder im Einzelfall durch Tarifvertragsbestimmungen. Wegen des Vollstreckungsverbots des § 888 II ZPO ist eine Durchsetzung des Anspruchs auf Nachleistung in der Praxis ohnehin aussichtslos.

2. Herstellung durch Beschaffung einer Ersatzkraft

Nach § 249 S.1 BGB, der die Herstellung durch den Schädiger betrifft, kann der ArbG vom vertragsbrüchigen ArbN auch die Beschaffung einer Ersatzkraft verlangen, da durch den Einsatz dieser Kraft im Regelfall ein wirtschaftlich gleichartiger Zustand hergestellt werden kann.

Dieser Anspruch wird jedoch in der Praxis ebensowenig geltend gemacht wie der Anspruch auf Beschaffung eines Ersatzwagens durch den Unfallschädiger.

Zu erwähnen ist, daß der ArbG statt dieser Art der Herstellung nicht den "dazu erforderlichen Geldbetrag" vom ArbN verlangen kann mit der Möglichkeit, den Arbeitsplatz gleichwohl unbesetzt zu lassen ^{16a)}. Dieser Anspruch besteht nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 249 S.2 BGB nur bei Personen- und Sachschäden, nicht dagegen bei Schäden aus einer Verletzung des sonstigen Vermögens. Bei letzteren ist der Geschädigte auf Naturalherstellung durch den S c h ä d i g e r angewiesen.

3. Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich der Anspruch des ArbG auf Naturalrestitution im Ergebnis nicht auf eine Nachleistung durch den schädigenden ArbN richtet.

Falls der ArbN jedoch eine nachholbare Leistung von sich aus tatsächlich nachholt - wozu er wegen des Vorrangs der Naturalherstellung grundsätzlich berechtigt sein muß - kann der ArbG nur einen etwaigen Verzögerungsschaden geltend machen (§ 286 I BGB).

Der Anspruch des ArbG auf Beschaffung einer Ersatzkraft durch den schädigenden ArbN ist zwar rechtlich möglich, doch ist seine Geltendmachung in der Praxis völlig unüblich.

16a) Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob bereits im Entzug der Arbeitskraft durch den ArbN ein Vermögensschaden des ArbG gesehen werden kann - vgl. dazu u. S.48 ff.

II. Geldersatz

Bevor auf die Probleme zur Frage des Geldersatzes näher eingegangen wird, sollen zunächst einige Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur angeführt werden, in denen dem ArbG ein Schadensersatz in Geld zugesprochen wird.

Bei Vertragsbruch des ArbN kann der ArbG die Kosten für die Beschaffung einer Ersatzkraft ersetzt verlangen, die hauptsächlich in den Kosten für eine Zeitungsannonce bestehen werden (vgl.u. 1 a, aa). Verrichtet eine Ersatzkraft die liegengebliebene Arbeit, so erhält der ArbG Ersatz nur in Höhe der Mehrkosten der Ersatzkraft (vgl.u. 1 b). Falls dagegen eine Ersatzkraft nicht eingestellt wird und die Arbeit des fehlenden ArbN liegenbleibt, hat dieser den entgangenen Gewinn zu ersetzen (vgl.u. 2 b).

Tritt der Geschäftspartner des ArbG wegen Versäumung von Lieferfristen als Folge der Nichterfüllung vom Vertrag mit dem ArbG oder von der Geschäftsverbindung überhaupt zurück, so fällt der dadurch entstehende Schaden des ArbG unter die Ersatzpflicht des ArbN¹⁷⁾. Sind dem ArbG Zinsverluste dadurch entstanden, daß wegen der Nichterfüllung Geschäfte erst später getätigt werden konnten, so muß der ArbN dafür ebenso aufkommen wie für Konventionalstrafen und Schadensersatzleistungen des ArbG an Dritte wegen Fristversäumnissen¹⁸⁾. Falls der ArbG wegen des Vertragsbruchs des ArbN genötigt ist, eine Ersatzkraft auf eigene Kosten auszubilden oder falls er, um Interessenten einen erhöhten Anreiz zu geben, eine ursprünglich für den vertragsbrüchigen ArbN gemietete Wohnung für die zu suchende Ersatzkraft freihält, fallen auch die Ausbildungs-¹⁹⁾ bzw. Mietkosten²⁰⁾ unter den vom ArbN zu ersetzenden Schaden. Wenn der ArbG den unberechtigt der Arbeit fernbleibenden ArbN in der Nähe mit dem Auto sucht²¹⁾ oder eine Reise zum ArbN unternimmt, um sich

17) Vgl. Taube, VersR 1954, 107.

18) Vgl. Gumpert, BB 1963, 397; Taube, aaO.

19) Vgl. LAG Düsseldorf BB 1964, 1124.

20) Vgl. ArbG Stade ARSt 1967, 40 Nr. 54.

21) Vgl. ArbG Husum ARSt 1964, 135 Nr. 177.

nach dem Grund des Fernbleibens zu erkundigen ²²⁾, so können u.U. auch diese Kosten vom ArbN zu ersetzen sein. Unter die Ersatzpflicht des ArbN fallen weiter : verdorbene Rohstoffe ²³⁾, Maschinenkosten einer gemieteten und nicht eingesetzten Maschine ²⁴⁾, Produktionsausfälle oder -verzögerungen ²⁵⁾ sowie Gewinnverluste durch Nichtabschluß gewinnbringender Geschäfte ²⁶⁾.

1. Schaden bei eingestellter Ersatzkraft

Da eine Herstellung in Natur durch Bereitstellung einer Ersatzkraft zumindest für die Zukunft regelmäßig möglich ist (vgl.o. I, 2), kommt die Vorschrift des § 251 BGB in dieser Hinsicht jedenfalls nicht unmittelbar zum Zuge ²⁷⁾. Der Anspruch des Geschädigten kann jedoch unter den Voraussetzungen des § 250 BGB von einem Herstellungsanspruch in einen Geldersatzanspruch übergehen. Dabei ist eine Fristsetzung unnötig, wenn der Schädiger sich zur Naturalherstellung endgültig außerstande erklärt oder sie endgültig verweigert hat oder wenn diese in der Praxis gänzlich unüblich ist ^{27a)}. Dann besteht statt des Naturalersatzanspruchs sofort ein Geldersatzanspruch.

Auch wenn sich der ArbN zur Herstellung nicht endgültig außerstande erklärt oder diese nicht endgültig verweigert hat, so ist die Bereitstellung einer Ersatzkraft durch den ArbN doch in der Praxis völlig unüblich. Bereits aus den Umständen ergibt sich, daß eine Ersatzkraft innerhalb

22) Vgl.ArbG Heidelberg ARSt 1967,95 Nr.1137.

23) Vgl.Frey, BB 1959,744.

24) Vgl.Schaub, DB 1966,1187.

25) Vgl.Gumpert, BB 1963,397; Oehmann, Ak-Blattei, Arbeitsvertragsbruch I, Übersicht.

26) Vgl. Taube, VersR 1954,107.

27) Ist die betreffende Arbeit nicht nachholbar, eine Naturalrestitution für die zurückliegende Zeit also nicht möglich, so ist für die Zeit bis zur Einstellung der Ersatzkraft Ersatz in Geld zu leisten (§ 251 BGB).

27a) Vgl.BGHZ 40,325; ähnl.Soergel-Siebert, § 250,Anm.75; Erman, § 250, Anm.2.

kürzester Zeit benötigt wird, während der ArbN oft erst nach einer Prüfung der Sach- und Rechtslage zur Bereitstellung einer solchen Kraft bereit wäre. So wird es in der Praxis ausnahmslos dem ArbG überlassen, in welcher Weise er sich während des Ausfalls des ArbN Ersatz beschafft²⁸⁾. Der ArbG ist also grundsätzlich von Anfang an so zu stellen, als sei die Stellung einer Ersatzkraft vom ArbN abgelehnt worden.

Für die Höhe des Geldersatzanspruchs aus § 250 BGB ist es von Bedeutung, ob er dem Herstellungsanspruch aus § 249 BGB oder dem Geldersatzanspruch aus § 251 BGB zuzuordnen ist. Im ersten Falle könnte der ArbG den für die Herstellung erforderlichen Betrag (Integritätsinteresse) verlangen, während er im zweiten seine effektive Vermögenseinbuße offenlegen müßte. Dieser Unterschied ist insofern von Bedeutung, als im ersteren Fall die Kosten für eine Ersatzkraft auch dann ersetzt werden müssen, wenn sie den ohne Einstellung einer solchen Kraft sonst entstehenden Schaden übersteigen²⁹⁾. Im letzteren Falle ergäbe sich aus der Regelung des § 254 II BGB, daß eine Ersatzkraft überhaupt nicht erst eingestellt werden dürfte, wenn der sonst entstehende Schaden niedriger wäre.

Der Wortlaut des § 250 S.2 BGB - "Ersatz in Geld" - läßt jede der beiden Lösungen zu.

Aus der gesamten Konzeption des BGB, die vom Grundsatz der Naturalherstellung ausgeht, ergibt sich, daß - solange die nächstliegende und bestmögliche Art der Schadensersatzleistung, nämlich die Herstellung in Natur, in irgendeiner Weise möglich und genügend ist - der Gläubiger nicht auf den für ihn unter Umständen ungünstigeren Geldersatzanspruch beschränkt werden kann³⁰⁾. Ist also die Herstellung des ursprünglichen Zustandes noch durch den Gläubiger

28) Vgl. auch BGH aaO.

29) Eine Grenze muß jedoch § 251 II BGB für den Fall bilden, daß die Aufwendungen unverhältnismäßig hoch sind.

30) Vgl. auch Frotz, JZ 1963, 391, der zutr. darauf hinweist, daß § 250 BGB eine den Interessen des Gläubigers Rechnung tragende Regelung darstellt.

selbst möglich, so kann dieser statt eines Geldersatzes auf der Herstellung bestehen und muß damit auch die Kosten für diese ersetzt verlangen können. Andernfalls könnte der Schuldner durch pflichtwidrige Verzögerung und Verweigerung der Herstellung materiellrechtliche Vorteile auf Kosten des geschädigten Gläubigers erlangen.

"Ersatz in Geld" nach § 250 S.2 BGB heißt also, daß im Ergebnis die H e r s t e l l u n g s k o s t e n vom Schädiger zu tragen sind ³¹⁾. Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese Kosten hier nur bei tatsächlichem Anfall (z.B. bei Aufgabe einer Annonce oder erfolgter Einstellung einer Ersatzkraft) vom ArbN ersetzt verlangt werden können. Die bei Sach- und Personenschäden anerkannte Möglichkeit der Geltendmachung der Herstellungskosten auch für den Fall, daß eine Herstellung nicht beabsichtigt ist, kann hier n i c h t zum Zuge kommen. An dieser Einschränkung zeigt sich, daß die hier vertretene Lösung nicht zu einer Umgehung der Vorschrift des § 249 S.2 BGB bei Vertragsverletzungen führt.

Die im Zusammenhang mit der Einstellung einer Ersatzkraft anfallenden Herstellungskosten sollen im Folgenden näher betrachtet werden ³²⁾.

31) So auch Frotz, aaO; im Erg. auch Esser, § 14 II 3 c; aa ohne Begründung Staudinger-Werner, § 250, Anm.11. Nach Larenz I, S.187 Fn.3 (9.Aufl.) bedeutet "Ersatz in Geld" nach dem Sprachgebrauch und systematischen Zusammenhang des Gesetzes Ausgleich der eingetretenen Vermögensminderung in Geld nach § 251 BGB. Da es aber nicht der Sinn des § 250 BGB sein könne, daß der Schuldner "billiger" davonkomme, müsse man dem Gläubiger das Recht auf Ersatz der Herstellungskosten zubilligen, wenn er selbst hergestellt habe. AA offensichtlich in der 10.Aufl. (S.332), wobei jedoch außer Betracht gelassen wird, daß "Herstellungskosten auch bei Vertragsverletzungen anfallen können und daß bei diesen die Vorschrift des § 249 S.2 BGB gerade n i c h t eingreift; eine Fristsetzung entfällt hier also nicht schon von vornherein.

32) Vgl.dagegen Wolff, ArbuR 1968,262, der die Ansicht vertritt, daß diese Kosten "an sich weder damnum emergens noch entgangener Gewinn" seien, daß es sich hierbei vielmehr um "Maßnahmen der Schadensminderungspflicht" handele.

a) Kosten für die Beschaffung der Ersatzkraft

aa) Daß der ArbG bei Vertragsbruch des ArbN eine Ersatzkraft suchen und die Kosten für diese Suche vom ArbN ersetzt verlangen kann, ist heute weitgehend anerkannt ³³⁾. Diese Kosten dienen der Herstellung des früheren Zustandes, eines ausgefüllten Arbeitsplatzes.

Als Kosten für die Gewinnung einer Ersatzkraft kommen in erster Linie die Aufwendungen des ArbG bei Aufgabe einer *Z e i t u n g s a n n o n c e* in Betracht. Die Höhe des ersatzfähigen Schadens wird dabei insofern durch die Vorschrift des § 254 II BGB begrenzt, als zwar nicht auf die Höhe des sonst entstehenden Schadens abzustellen ist, die Kosten als solche jedoch möglichst gering zu halten sind ³⁴⁾. Hierfür hat die Rechtsprechung eine Reihe von maßgeblichen Kriterien aufgestellt. Eine Rolle spielt sowohl die Bedeutung des Unternehmens des ArbG wie auch die Art der zu besetzenden Stelle ³⁵⁾, wobei eine Summe von etwa der Hälfte eines Monatsgehalts ³⁶⁾ bis zur vollen Höhe eines solchen Gehalts des vertragsbrüchigen ArbN ³⁷⁾ als angemessen angesehen wird.

33) Ohne daß im einzelnen näher darauf eingegangen wird, ob es sich dabei um Geldersatz nach § 250 BGB oder nach § 251 BGB handelt; vgl. z.B. Baumbach-Duden, § 70, Anm. 4 B; Düringer-Hachenburg, § 70, Anm. 22; Würdinger in RGRK zum HGB, § 70, Anm. 21; Schlegelberger-Geßler-Hefermehl, § 66, Anm. 11 b; Frey, BB 1959, 744; Savaète, ArbuR 1956, 7; Schaub, DB 1966, 1187; Schwittay, Diss. S. 68; Trinkner, BB 1966, 1025; BAG AP Nr. 1 zu § 276 BGB; LAG Hamm BB 1954, 543; LAG Baden-Württemberg BB 1968, 996; sA Wolff, ArbuR 1968, 262: da es sich um Kosten zur Schadensminderung handle und die Ersatzkraft erst nach Ablauf des Schadenszeitraums eingestellt werde, könnten die Kosten für eine Annonce den Schaden in der Regel nicht mehr mindern.

34) Zur Frage der Schadensminderungspflicht vgl. ausführlich § 6 II.

35) Vgl. BAGE 11, 175; LAG Düsseldorf BB 1966, 1147; ArbG Heidelberg ARSt 1967, 105 Nr. 139.

36) So z.B. BAG aaO; LAG Baden-Württemberg BB 1967, 458.

37) LAG Düsseldorf aaO.

Auch die Auflagenhöhe der betreffenden Zeitung kann ein Gesichtspunkt für die Bemessung des vom ArbN zu tragenden Teils der Kosten sein; unter Umständen sind sogar mehrfache Einrückungen zulässig ³⁸⁾.

Weiter hat der ArbN die Vorstellungskosten zu ersetzen, die der ArbG anderen Stellenbewerbern zurückerstatten muß ³⁹⁾.

Hatte der ArbN die Stelle noch nicht angetreten und muß der ArbG nochmals Inserate aufgeben, weil er auf die früheren Bewerbungen nicht mehr zurückgreifen kann, so muß der ArbN auch für diese Kosten aufkommen ⁴⁰⁾.

Bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses kann der ArbG Aushilfskräfte einstellen, sofern solche kurzzeitig zu erhalten sind. Der Schaden des ArbG besteht dann unter anderem in den für die Gewinnung dieser Kraft etwa anfallenden Kosten, beispielsweise in Vermittlungsgebühren.

bb) Kann der ArbG den Arbeitsplatz des vertragsbrüchigen ArbN trotz Aufgabe einer Annonce erst später oder überhaupt nicht besetzen, so ist fraglich, ob sich der ArbG die ersparten Gehaltszahlungen auf den durch die Inseratenkosten entstandenen Schaden anrechnen lassen muß ⁴¹⁾. Wenn die Arbeit in der Zwischenzeit von anderen ArbN ohne Mehrkosten mitverrichtet wurde, lautet die Frage ähnlich. Muß sich der ArbG dann die ohne Vergütung erlangte Arbeitsleistung bzw. die Minderung des sonst entstehenden Schadens anrechnen lassen ?

38) In der Regel jedoch nicht in zwei aufeinanderfolgenden Ausgaben derselben Zeitung; hier muß zunächst auf den Erfolg der ersten Annonce gewartet werden - vgl. auch ArbG Stade ARSt 1967,74 Nr.98.

Bei hochqualifizierten Arbeitskräften kann insgesamt eine elffache Veröffentlichung in überregionalen Zeitungen angemessen sein (so ArbG Stade ARSt 1967,40).

39) Vgl. ArbG Bielefeld BB 1957,257; ArbG Kassel BB 1962,180.

40) Vgl. ArbG Bielefeld aaO; insoweit auch Wolff, ArbUR 1968,262.

41) So z.B. LAG Baden-Württemberg BB 1967,458.

Das hier auftauchende Problem der V o r t e i l s a u s -
g l e i c h u n g ist im Gesetz selbst nicht geregelt.
Die Frage, wie der Schadensersatz zu bemessen ist, wenn
ein haftbar machendes Ereignis dem Verletzten neben einer
Vermögenseinbuße zugleich einen Vermögensvorteil gebracht
hat, ist seit jeher umstritten.

Während die ältere Rechtsprechung ⁴²⁾ nur solche Vorteile
anrechnen wollte, die durch das nämliche Ereignis verur-
sacht wurden, das den Schaden herbeigeführt hat ⁴³⁾, ließ
sie es später genügen, daß Schaden und Vorteil eine gemein-
same Wurzel haben ⁴⁴⁾. Eine Abgrenzung der anzurechnenden
Vorteile erfolgte dabei unter dem Gesichtspunkt der Ad-
äquanz, wobei gewisse Einschränkungen aus Billigkeitserwä-
gungen zugelassen wurden ⁴⁵⁾.

Rechtsprechung und Schrifttum sind sich mittlerweile darü-
ber einig, daß der Maßstab des adäquaten Kausalzusammen-
hangs für die Abgrenzung der anzurechnenden Vorteile nicht
ausreichend ist, daß vielmehr zusätzliche Kriterien gefun-
den werden müssen ⁴⁶⁾. Eine einheitliche Meinung hinsicht-
lich der Frage, welche Vorteile angerechnet werden können,
hat sich bisher nicht herausgebildet, was nicht zuletzt
auch auf die unterschiedlichen Auffassungen über den Scha-
densbegriff, der hier von Bedeutung ist, zurückzuführen
ist ⁴⁷⁾. Die wohl überwiegende Meinung stellt letztlich auf

42) Vgl.z.B. RG Recht 1908, Nr.699.

43) Im vorliegenden Fall ist der Schaden erst durch die
Aufgabe der Annonce entstanden, der Vorteil des erspar-
ten Lohns dagegen durch die vom ArbN zu vertretende
Nichterfüllung. Da also der Lohn auch o h n e die Auf-
gabe der Annonce erspart worden wäre, käme nach dieser
Auffassung eine Anrechnung hier nicht in Betracht.

44) Das wäre im vorliegenden Fall die Nichterfüllung: so-
wohl der Schaden (Kosten der Zeitungsannonce) als auch
der Vorteil (der ersparte Lohn bzw. die ohne Gegenlei-
stung erlangte Arbeit) sind eine adäquate Folge dieser
Nichterfüllung.

45) Vgl.z.B. RGZ 80,155; 93,144; 103,406; 133,221.

46) Zuerst Cantzler, AcP 156,33; vgl.auch Larenz I, § 14 II;
Esser, § 48 II; Rother, S.232.

47) Worauf Thiele, AcP 167,194 zutr. hinweist.

die **Z u m u t b a r k e i t** der Anrechnung ab. So ist nach der Rechtsprechung als erstes zu prüfen, ob das Schadensereignis für den Vorteil adäquat kausal ist; sodann, ob eine Anrechnung dem "Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht" entspricht 47).

Im Schrifttum ordnet man die Fälle der Vorteilsausgleichung teils in ein bestimmtes Typensystem ein 48), teils stellt man generell auf die Zumutbarkeit einer Anrechnung ab 49). Einen anderen Weg beschreitet eine Auffassung, die über die äußerliche Verknüpfung durch den bloßen Ursachenzusammenhang hinaus einen inneren Zusammenhang zwischen dem Schadensereignis und dem Vorteil fordert, der es rechtfertigt, gerade diesen Vorteil dem Schädiger zugute zu halten 50). Dieses Kriterium wird auch als erforderliche "Korrespondenz" von Schaden und Vorteil 51) oder als "notwendiger innerer Zusammenhang" 52) bezeichnet. Das besondere an dieser Auffassung ist, daß sie vom Summenschaden der Differenztheorie abweicht und jeweils auf **E i n z e l -**schaden abstellt 53). Die Differenz wird also nicht derart aus allen mit dem Schadensereignis eintretenden Vermögensvor- und -nachteilen gezogen, daß der Schädiger als endgültigen Schadensersatz nur die Differenz zwischen Gesamtschaden und Gesamtvorteil als Schadensersatz zu leisten hat 54).

47) Vgl. z.B. BGHZ 8,325; 10,207; 22,72; 30,29.

48) So z.B. Esser, § 48 II, III.

49) So z.B. Enneccerus-Lehmann, § 17 II 1 a; Staudinger-Werner, Vorbem.107 vor § 249. Vgl. auch Wilburg, JherJB Bd.82, S.51 ff., der vom Gedanken der Schadensabwälzung ausgeht und eine Anrechnung von Vorteilen dann ablehnt, wenn durch die Leistung des Vorteils der Leistende letztlich nur den Schaden übernimmt.

50) Vgl. Thiele, AcP 167,200 ff.; seit der 10.Aufl.auch Larenz I, § 30 II a (S.363 ff.).

51) Der Begriff der "Korrespondenz" wurde in diesem Zusammenhang zuerst von Möller für den Bereich der versicherungsrechtlichen Vorteilsausgleichung eingeführt; vgl. Bruck-Möller, Vorbem.51 vor §§ 49 ff.

52) So Thiele, aaO, der entgegen der hM von einer grundsätzlichen Anrechenbarkeit aller Vorteile ausgeht und jeweils eine Nichtanrechnung im Einzelfall begründet.

53) Offengelassen wird diese Frage bei Larenz, aaO.

54) So aber die Differenztheorie in ihrer ursprünglichen Form, vgl.z.B. Esser, § 48 II (S.341).

Der Begriff des Einzelschadens ist im Schadensersatzrecht im Ergebnis weitgehend anerkannt, so zum Beispiel bei der Berücksichtigung hypothetischer Ursachen ⁵⁵⁾ und bei der Frage des Ersatzes der fiktiven Mietwagenkosten ⁵⁶⁾.

Die Vorteile einer Abgrenzung nach dem notwendigen inneren Zusammenhang zwischen (Einzel-) Schaden und (Einzel-) Vorteil liegen auf der Hand. Das Abgrenzungskriterium entstammt nicht dem wertenden Bereich, läßt also dem Ermessen keinen Spielraum. Selbst wenn es nicht in allen Fällen zu einem brauchbaren Ergebnis führen sollte, kann es doch einer allgemeinen Billigkeitsentscheidung vorgeschaltet werden ⁵⁷⁾.

Wie die besondere Situation beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht zeigt, läßt sich hier der Gedanke der "Korrespondenz" bei der Frage, welche Vorteile anzurechnen sind, nutzbar machen.

Erscheint der ArbN nicht an seinem Arbeitsplatz, so stehen regelmäßig mehreren Nachteilen (Kosten der Annonce, Mehrlohn der Ersatzkraft, entgangener Gewinn) mehrere Vorteile (ersparte Lohn-, Maschinen- und Materialkosten sowie sonstige Unkosten) gegenüber. Diese Vor- und Nachteile stehen untereinander in einem untrennbaren Zusammenhang. Erfüllt der ArbN seine Arbeitspflicht, so setzen sich die vom ArbG erzielten Einnahmen aus den Unkosten und dem Unternehmergewinn zusammen; entfällt infolge der Nichterfüllung ein Teil dieser Einnahmen, wird also beispielsweise der Umsatz geringer, so entsteht beim ArbG neben diesem Nachteil automatisch ein Vorteil durch die Ersparung der Unkosten, der "Gewinnerzielungskosten" ⁵⁸⁾. Der Eintritt eines Nachteils ist hier gewissermaßen die Voraussetzung für den Eintritt des Vorteils, beide stehen in einem untrennbaren Zusammenhang.

55) "Gegliedelter Schadensbegriff" - vgl. Lorenz, VersR 1963, 1; im Erg. auch BGH in stRspr, vgl. u. § 4 II.

56) Vgl. auch Winter, VersR 1967, 334.

57) So auch Winter, aaO.

58) Vgl. Thiele, AcP 167, 202.

Die Kosten der Annonce, die bei einem Vertragsbruch nicht notwendig entstehen, gehören demgegenüber in eine andere Schadenskategorie. Sie zu einem beliebigen Einzelvorteil, beispielsweise zum ersparten Lohn, in Beziehung zu setzen, erschiene willkürlich. Auch eine ohne Vergütung erlangte Arbeitsleistung kann nicht auf die Annoncenkosten angerechnet werden. Bei diesem Vorteil handelt es sich - auf den Gesamtschaden bezogen - um jene Fallgruppe, in welcher der Schaden durch Handlungen des Geschädigten oder Leistungen Dritter gemindert oder ganz beseitigt wird⁵⁹⁾. Im Hinblick auf die Kosten der Annonce als Einzelschaden kommt eine Anrechnung deshalb nicht in Betracht, weil der ohne Vergütung erlangten Arbeitsleistung a l l e i n der bei Liegenbleiben der Arbeit sonst geminderte Umsatz entspricht. Eine Vorteilsausgleichung könnte nur zwischen diesen beiden Posten stattfinden⁶⁰⁾.

Wohl gelangt man zu diesem Ergebnis auch im Rahmen reiner Billigkeitserwägungen. So ist der ersparte Lohn gegenüber den Kosten der Annonce nur scheinbar ein Vorteil. Bejahte man hier nämlich eine Anrechnung, so könnte sich der ArbN - falls dem ArbG zum Beispiel ein Gewinn nicht entgangen ist oder er die Schadenshöhe nicht nachweisen könnte - unter Umständen völlig von seiner Ersatzpflicht befreien⁶¹⁾. Auch eine Anrechnung der ohne Vergütung erlangten Arbeits-

59) Nach der hM ist bei dieser Gruppe darauf abzustellen, ob die Minderung oder Abwendung des Schadens im Rahmen des § 254 II BGB geschah - dann wird eine Anrechnung bejaht - oder ob sie freiwillig erfolgte - dann soll eine Anrechnung nicht stattfinden - vgl. Enneccerus-Lehmann § 17 II 1 a; Palandt-Danckelmann, Vorbem. 7 b vor § 249.

60) Das Problem wird hier gewissermaßen schon auf einer Vorstufe entschieden, sodaß die Frage der Zumutbarkeit der Anrechnung bei § 254 II BGB überhaupt nicht auftaucht. Jedoch darf auch nach dieser Auffassung eine Anrechnung im Einzelfall nicht unbillig sein.

61) Vgl. auch Wuttke, DB 1967, 2227.

leistung wäre unbillig, da der ArbG im Ergebnis keinen Vermögenszuwachs erzielt hat; es ist allenfalls der durch die Nichterfüllung sonst entgehende Gewinn kompensiert worden⁶²⁾.

Der Vorzug der hier vertretenen Auffassung besteht jedoch darin, daß Billigkeitserwägungen allgemeiner Art eine Abgrenzung nach sachbezogenen Kriterien vorgeschaltet ist⁶³⁾.

Für den weiteren Verlauf der Darstellung bleibt festzuhalten, daß im Rahmen der Vorteilsausgleichung nur Einzelvorteile mit Einzelnachteilen in Beziehung zu setzen sind. Stehen die betreffenden Vorteile zu den entsprechenden Nachteilen in einem notwendigen inneren Zusammenhang, findet grundsätzlich eine Anrechnung statt; diese darf jedoch nicht zu unbilligen Ergebnissen führen.

b) Sonstige Kosten der Ersatzkraft

Hat der ArbG eine Ersatzkraft eingestellt und nimmt diese den Platz des vertragsbrüchigen ArbN ein, so erhält er als Schadensersatz nach allgemeiner Ansicht nur die Differenz zwischen dem ersparten und dem an die Ersatzkraft zu zahlenden Lohn, also nur einen etwaigen *M e h r l o h n*⁶⁴⁾.

62) Im Erg. auch Wuttke, aaO; vgl. auch Esser (§ 48 III 3), der bei Schadensabwendung oder-minderung - gleich ob diese im Rahmen des § 254 II BGB erfolgte oder nicht - eine Anwendung der Vorteilsausgleichung überhaupt ablehnt und nur den im Ergebnis noch vorhandenen Schaden ersetzen will. - Vgl. dazu auch u. S. 77.

63) Vgl. auch Cantzler, AcP 156, 29, der nachweist, daß der tiefere Sinn der Vorteilsausgleichung weniger ein Ausgleich von Schaden und Vorteil im Wege einer Gesamtberreinigung ist, sondern vielmehr die Ausgleichung von Förderung und Verletzung des *e i n z e l n e n* Rechtsguts.

64) Vgl. LAG Baden-Württemberg, BB 1958, 401; LAG Düsseldorf, BB 1960, 1280; Oehmann, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch I Übersicht; Frey, BB 1959, 744; Gumpert, BB 1963, 397; Schwittay, Diss. S. 68; Trinkner, BB 1966, 1025.

Zu diesem Ergebnis gelangt man durch eine Anrechnung des Vorteils, den der ArbG durch den Wegfall der Lohnzahlungspflicht gegenüber dem vertragsbrüchigen ArbN erlangt, auf den Nachteil, der durch die Entlohnung der Ersatzkraft entsteht. Der notwendige innere Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil besteht darin, daß der ArbG die erhaltene Arbeitsleistung stets entlohnen muß und daß dem Wegfall der Lohnzahlungspflicht auf der einen Seite die Entlohnung der Ersatzkraft auf der anderen Seite entspricht. Diese Anrechnung ist auch nicht unbillig, da der ArbG zur Erzielung des gleichen Umsatzes auch den vertragsbrüchigen ArbN hätte entlohnen müssen und andernfalls den Umsatz - abgesehen vom Mehrlohn der Ersatzkraft - "umsonst" erhielte ⁶⁵⁾.

c) Zusammenfassung

Der im Zusammenhang mit der Einstellung einer Ersatzkraft entstehende und auf Geldersatz gerichtete Anspruch des ArbG geht auf Ersatz des für die Herstellung der erforderlichen Betrages. In diesem Rahmen hat der ArbN die Annoncenkosten sowohl einer erfolgreichen als auch einer erfolglosen Suche nach einer Ersatzkraft zu ersetzen. Auf diesen Schaden sind die Vorteile, die sich aus der Einsparung des Lohns des vertragsbrüchigen ArbN oder aus der Verrichtung der Arbeit ergeben, nicht anzurechnen, da sie nicht in einem inneren Zusammenhang mit dem erlittenen Schaden stehen.

Bei erfolgter Einstellung einer Ersatzkraft hat der ArbG jedoch - da hier der ersparte Lohn anzurechnen ist - Anspruch nur auf Ersatz des Mehrlohns der Ersatzkraft.

65) Eine andere Beurteilungsweise kann sich dann ergeben, wenn man den Lohn der Ersatzkraft als Kosten der Schadensminderung ansieht (so z.B. Wolff, ArbUR 1968, 262) - vgl. dazu auch o.Fn.32.

2. Schaden bei Nichteinstellung einer Ersatzkraft

a) Ersatzkraftkosten auch ohne Einstellung einer Ersatzkraft?

Hat der ArbG eine Ersatzkraft nicht eingestellt, so ist fraglich, ob er die Kosten für eine solche Kraft unabhängig davon verlangen kann, ob sie tatsächlich entstanden sind oder nicht.

Dies erscheint auf den ersten Blick nicht angängig. Ließe sich jedoch eine Parallele zu der Problematik des Ersatzes von Mietwagenkosten ohne Anmietung eines solchen Wagens herstellen, so könnten die dort gewonnenen Grundsätze unter Umständen auch hier eingreifen. Die Auffassung, daß auch die fiktiven Mietwagenkosten vom Schädiger ersetzt werden müssen, hat sich mittlerweile in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ⁶⁶⁾ und zum großen Teil auch im Schrifttum durchgesetzt ⁶⁷⁾, ist jedoch nach wie vor umstritten ⁶⁸⁾.

So hat in der Tat das LAG Frankfurt entschieden, daß die Kosten einer Ersatzkraft auch ohne Einstellung einer solchen in entsprechender Anwendung der vom BGH zur Frage des Ersatzes der fiktiven Mietwagenkosten entwickelten Grundsätze vom vertragsbrüchigen ArbN zu ersetzen seien ⁶⁹⁾. Ohne Zweifel ist eine derartige Schadensbemessung von großem Vorteil für den ArbG, denn dann muß er den tatsächlich entstandenen Schaden - sofern ein solcher überhaupt vorliegt - nicht beweisen. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob

66) Vgl. zuletzt BGHZ 40, 345; 45, 219; BGH NJW 1966, 1260; 1968, 1778.

67) Vgl. z.B. Zeuner AcP 163, 397; Fikentscher, § 55 V 4; Wiese S. 24; Grunsky S. 27 ff.; Palandt-Danckelmann, § 253, Anm. 3.

68) Abl. vor allem Larenz, Festschrift f. Nipperdey, S. 380 ff.; Böttcher, VersR 1966, 301; Esser § 41 II; Löwe, VersR 1963, 307.

69) Vgl. BB 1967, 162 mit abl. Anm. Trinkner; aus dem abgedruckten Teil der Entscheidung ist nicht zu entnehmen, welche Kosten im einzelnen unter die Ersatzpflicht fallen sollen und wie das Gericht diese Kosten bemessen will.

eine Anwendung der vom BGH entwickelten Grundsätze letztlich aus diesen Erwägungen heraus begründet werden kann ⁷⁰⁾. In Anbetracht der Bedenken, die schon bei der Frage des Ersatzes der fiktiven Mietwagenkosten im Hinblick auf § 253 BGB auftauchen und die bei der Frage der Nutzung der Arbeitskraft noch gewichtiger erscheinen, hätte eine solche Entscheidung einer ausführlichen Begründung bedurft ⁷¹⁾. Dabei wäre vor allem auf die Frage einzugehen gewesen, unter welchen Voraussetzungen die Arbeitskraft im allgemeinen und hier der Entzug der vertraglich gebundenen Arbeitskraft im besonderen als **V e r m ö g e n s**schaden des ArbG angesehen werden kann ⁷²⁾.

Bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs wird ein Vermögensschaden hinsichtlich der fiktiven Mietwagenkosten mit verschiedenen Begründungen bejaht.

Teils wird darauf abgestellt, daß die Nutzungsmöglichkeit im Verkehr gegen Geld erworben werden könne und deshalb einen Vermögenswert darstelle ⁷³⁾, teils darauf, daß die zum Erwerb der Nutzungen eines Kraftfahrzeugs gemachten Aufwendungen durch das schädigende Ereignis entwertet würden ⁷⁴⁾, und teils auch darauf, daß der zu ersetzende Vermögensschaden in dem durch das schädigende Ereignis ausgelösten Geldbedarf bestehe, der sich unabhängig davon bestimme, ob das Geld später zur Wiederherstellung verwendet werde oder nicht ⁷⁵⁾. Das Gemeinsame an diesen Auffassungen ist, daß

70) So aber offensichtlich LAG Frankfurt aaO.

71) Vgl. auch die Kritik von Trinkner, aaO.

72) Dieses Problem taucht auch bei einem Entzug der Arbeitskraft durch Dritte (Lohnfortzahlungsfälle!) auf, wird dort jedoch kaum weiter verfolgt, da der ArbG durch die Verletzung des ArbN und den daraus folgenden Wegfall der Arbeitskraft nur **m i t t e l b a r** geschädigt ist. Hier entzieht der ArbN **s e l b t** seine Arbeitskraft dem ArbG, sodaß dieser unmittelbar geschädigt ist.

73) So z.B. BGHZ 40,345; Neuner, AcP 133,309; Nörr, AcP 158,6; Staudinger-Werner, § 253, Anm.1; Wiese, S.21 f.

74) So z.B. OLG München, NJW 1962,2205; BGH VersR 1964,381.

75) So Zeuner, AcP 163,396.

sie von der Nutzung einer *S a c h e* ausgehen.

Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung kann auf weitere Argumente zur Stützung dieser Auffassungen und auf die umfangreiche und gewichtige Kritik hieran nicht weiter eingegangen werden. Die Untersuchung wird sich im Folgenden vielmehr darauf beschränken, die zwischen der Nutzung einer Sache auf Grund Eigentums an dieser und der Nutzung der vertraglich gebundenen Arbeitskraft bestehenden grundsätzlichen Unterschiede aufzuzeigen.

Der in der Rechtsprechung anklingende "Frustrierungsgedanke" läßt sich schon deshalb beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht im Hinblick auf die entzogene Nutzung der Arbeitskraft *n i c h t* heranziehen, weil Vermögensaufwendungen überwiegend nicht schon beim Erwerb der Arbeitskraft, sondern erst im Nachhinein für die *g e l e i s t e t e* Arbeit gemacht werden ⁷⁶⁾. Diese Aufwendungen fallen bei Ausfall der Arbeitskraft wegen des Wegfalls der Lohnzahlungspflicht überhaupt nicht an, sind also weder vergeblich gemacht noch entwertet worden.

Eine Anwendung der "Bedarfstheorie" scheitert - da sich diese im wesentlichen auf die Bestimmung des § 249 S.2 BGB stützt - an der Natur der Nichterfüllung als Vertragsverletzung ⁷⁷⁾. Der schädigende ArbN muß hier die Schadensbeseitigung nicht schon im Zeitpunkt der Nichterfüllung finanzieren, sondern erst mit der Entstehung einer tatsächlichen Einbuße ⁷⁸⁾.

76) So zutr. auch Trinkner, aaO; BAG NJW 1968, 221; die in betriebswirtschaftlicher Hinsicht durchaus bedeutsamen Aufwendungen beispielsweise für die Arbeitsvorbereitung oder die Schaffung eines Arbeitsplatzes haben in diesem Zusammenhang außer Betracht zu bleiben, da sie nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem *E r w e r b* der Arbeitskraft stehen.

77) Vgl. dazu auch o. S.35.

78) AA im Ergebnis Grunsky (aaO, S.33), der im Anschluß an das LAG Frankfurt dem ArbG einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Ersatzkraftkosten unabhängig davon zubilligen will, ob eine solche Kraft eingestellt wurde oder nicht und den Anspruch aus § 280 i.V. mit § 249 S.2 BGB ableiten will.

Somit bleibt die Möglichkeit, daß der ArbG durch den Entzug der Nutzungsmöglichkeit der Arbeitskraft des ArbN bereits einen Vermögensschaden erlitten hat. Hierbei handelt es sich allerdings nicht - wie bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs - um die Frage, ob Genußbeeinträchtigungen dann, wenn die betreffenden Genüsse im Verkehr gegen Geld erlangt zu werden pflegen ⁷⁹⁾, vom Begriff des Vermögensschadens erfaßt werden. Vielmehr geht es darum, ob die vertraglich gesicherte Nutzungsmöglichkeit der Arbeitskraft des ArbN oder die durch den Abschluß des Arbeitsvertrags entstandene Forderung des ArbG, die Arbeitskraft des ArbN für seine Zwecke nutzen zu dürfen, als Vermögenswert anzusehen ist ⁸⁰⁾.

Die dem ArbG zustehende Forderung, vermöge derer er die Arbeitskraft des ArbN nutzen kann, besitzt nur dann einen Vermögenswert, wenn bereits der ungenutzten Arbeitskraft ein Vermögenswert zukommt. Denn wenn eine Forderung auf eine Leistung geht, die Vermögenswert hat, dann stellt auch die darin beschlossene Aussicht, die geschuldete Leistung demnächst zu erhalten, für die wirtschaftliche Betrachtungsweise einen gegenständlichen Vermögenswert dar ⁸¹⁾. Der Anspruch auf Lieferung einer Sache wird sonach beispielsweise regelmäßig vermögenswert sein, da der Sache zumindest ein objektiver Wert zukommt.

Demgegenüber kann die Arbeitskraft in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten: einmal als abstrakte, dem Menschen innewohnende Fähigkeit, Arbeit zu verrichten und zum anderen als im Wirtschaftsablauf erbrachte, werteschaftende Arbeitsleistung, als g e n u t z t e Arbeitskraft ⁸²⁾.

79) So z.B. der Genuß, ein Auto zur Verfügung zu haben.

80) Letzteres bejahend Trinkner, aaO. - Auf die Frage, ob dem ArbG - falls er die liegengebliebene Arbeit selbst verrichtet - durch Einbuße an Freizeit ein Vermögensschaden entstehen kann, wird unten (S.73 ff.) näher eingegangen. Hier geht es zunächst nur um die Frage, ob der Nutzungsentgang als solcher bereits einen ersetzbaren Vermögensschaden zur Folge haben kann.

81) Vgl. Larenz I, S.387.

82) Vgl. auch Stöcker, RdA 1966,121.

Wohl bildet die Arbeitskraft für die meisten Menschen die finanzielle Grundlage ihrer Existenz und setzt heute fast jeder seine Arbeitskraft in Geld um. Wohl wird auch unter den heutigen Verhältnissen die personenrechtliche Komponente der Arbeitskraft durch die Kommerzialisierung, das "Sich-Verkaufenmüssen", weitgehend zurückgedrängt. Der Arbeitskraft aus diesem Gründen einen Vermögenswert unabhängig von der tatsächlichen Nutzung zuzuerkennen⁸³⁾, widerspräche jedoch dem geltenden Recht, Dieses unterscheidet nun einmal zwischen Vermögensgütern und Vermögensschäden auf der einen und an die Person gebundenen, *n i c h t* dem Vermögen zuzurechnenden Gütern und Nichtvermögensschäden auf der anderen Seite⁸⁴⁾.

Solange die Arbeitskraft nicht aus der personellen Sphäre heraustritt, kann ihr daher ein Vermögenswert *n i c h t* zukommen⁸⁵⁾. Damit hat auch die durch den Arbeitsvertrag begründete Forderung des ArbG auf Nutzung der Arbeitskraft des ArbN - da sie sich auf die noch zu erbringende, noch nicht aus der personellen Sphäre herausgetretene Arbeitskraft bezieht - keinen Vermögenswert.

Ein objektiver Vermögensschaden durch Entzug des "Gebrauchsrechts" an der Arbeitskraft des ArbN ist ebenfalls wegen der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses zu verneinen. Bei Miete oder Pacht ~~einer~~ Sache kann die Beeinträchtigung des Gebrauchsrechts durch eine Verhinderung der objektiven Gebrauchsmöglichkeit zwar einen ersetzbaren Vermögensschaden darstellen⁸⁶⁾. Die menschliche Arbeitskraft ist aber ebenso wie die Arbeitsleistung nach heutiger Auffassung eine mit keinem Sachgut vergleichbare, auf einer anderen "Ebene" liegende Quelle der Bedürfnisbefriedigung⁸⁷⁾.

83) So.z.B. Grunsky, S.77 f.

84) So zutr. Larenz in Anm. zu BAG AP Nr.7 zu § 249 BGB.

85) Im Erg.auch Stöcker, aaO, der insoweit vom BAG in NJW 1968,221 unrichtig zitiert wird.

86) Vgl.Larenz, Festschrift f. Nipperdey, S.500.

87) Boehmer, S.188; vgl.auch BGH NJW 1970,1411 für einen Fall des § 842 BGB: "nicht der Wegfall der Arbeitskraft als solcher ist ein Schaden im haftungsrechtlichen Sinne, sondern der dadurch entstandene Ausfall der Arbeitsleistung". Auch im Zivilrecht wird somit in den Fällen einer unerlaubten Handlung *n i c h t* bereits die abstrakte Minderung der Arbeitskraft als Schaden angesehen.

Außerdem ist das Arbeitsverhältnis wegen seines personenrechtlichen Einschlags gerade nicht mit dem Rechtsinstitut der Miete oder Pacht vergleichbar.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß dem ArbG durch den in der Nichterfüllung liegenden Entzug der Arbeitskraft als solcher ein Vermögensschaden *n i c h t* entstanden ist. Ein Ersatz der Kosten für eine Ersatzkraft ohne Einstellung einer solchen Kraft kommt daher nicht in Betracht.

b) Schaden bei Liegenbleiben der Arbeit

Wurde die Stelle des nichterfüllenden ArbN nicht besetzt und bleibt seine Arbeit liegen, so hat der ArbG einen Vermögensschaden erlitten, falls sein Umsatz zurückgeht ⁸⁸⁾. Dieser Schaden ist entgangener Gewinn im Sinne des § 252 BGB. Er besteht ebenso wie der positive Schaden in der Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage infolge der Schädigung und derjenigen ohne Schädigung. Im Unterschied zum positiven Schaden ist hier jedoch als Vergleichsmaßstab nicht die Vermögenslage vor der Schädigung heranzuziehen, sondern diejenige in einem zukünftigen Zeitpunkt ⁸⁹⁾. Dabei ist anzunehmen, daß der ArbG bei gehöriger Weitererfüllung des ArbN mit Wahrscheinlichkeit den gleichen Gewinn erzielt hätte wie bis zum Zeitpunkt der Nichterfüllung.

Dem im entgangenen Gewinn bestehenden Nachteil steht als Vorteil die Ersparnis gewisser Unkosten, z.B. der Lohn-, Fertigungsgemein-, Verwaltungs- und Betriebskosten ("Gewinnerzielungskosten" ⁹⁰⁾) gegenüber, die als solche Voraussetzungen eines Gewinns überhaupt sind. Diese Kosten sind

88) Dies muß nicht immer der Fall sein. War der fehlende ArbN beispielsweise nicht unmittelbar produktiv beschäftigt, sondern etwa als Hilfsarbeiter nur mit Reinigungsarbeiten, so ist ein Rückgang des Umsatzes bei seinem Fernbleiben kaum denkbar. Einen entgangenen Gewinn hätte dieser ArbN also nicht zu ersetzen.

89) Vgl.dazu u. III.

90) Vgl.Thiele AcP 167,201 und o.S.44.

auf den entgangenen Gewinn anzurechnen, da sie in einem notwendigen inneren Zusammenhang mit diesem stehen und eine Anrechnung auch zumutbar ist ⁹¹⁾.

Der Schaden des ArbG besteht somit im Ergebnis im "wirtschaftlichen Nutzeffekt" ⁹²⁾, den die unterbliebene Arbeitsleistung dem ArbG-gebracht hätte oder anders ausgedrückt im entgangenen Unternehmergewinn ⁹³⁾.

Dieses Ergebnis folgt nicht schon aus einem vorgegebenen Gewinnbegriff, verstanden als "Reingewinn"; letzterer ist vielmehr bereits das Ergebnis einer juristisch wertenden Gedankenoperation ⁹⁴⁾. Daß dem ArbG nach Anrechnung der ersparten Unkosten in seiner Vermögensbilanz gleichwohl noch ein Schaden als Minus verbleibt, folgt aus der Tatsache, daß die vom ArbN geleistete Arbeit stets höherwertig ist

91) Vgl.o.S.44 ff.; vgl.dagegen auch den vom BGH entschiedenen Fall in AP Nr.1 zu § 249 BGB - Vorteilsausgleichung : Ein ArbN wurde wegen einer Unterschlagung fristlos entlassen und verlangt nun eine Anrechnung der ersparten Gehaltszahlungen auf den Schadensersatzanspruch des ArbG, da eine Ersatzkraft nicht eingestellt worden war. - Der vom BGH in dieser Entscheidung aufgestellte Grundsatz, daß der ArbN keinen Vorteil daraus ziehen dürfe, daß seine Stelle unbesetzt geblieben sei, ist in seiner Allgemeinheit nicht haltbar. Die Nichtanrechnung des ersparten Lohns ergibt sich in dem entschiedenen Fall daraus, daß der Lohn als Gewinnerzielungskostenanteil eben n u r auf einen entgangenen Gewinn angerechnet werden kann. In d i e s e m Zusammenhang könnte der ArbN durchaus einen "Vorteil" daraus ziehen, daß sein Arbeitsplatz unbesetzt geblieben ist.

92) Vgl.LAG Düsseldorf DB 1968,90; Offerhaus;BB 1963,772. Das BAG (NJW 1968,221) versteht unter diesem Begriff, was die Tätigkeit des ArbN dem ArbG "wert" war; da es von diesem "Nutzeffekt" jedoch noch den ersparten Lohn abzieht, meint es damit eigentlich den durch den ArbN erzielten Umsatz.

93) Auch in der Betriebswirtschaftslehre wird unter "Unternehmergewinn" das Einkommen des Unternehmers verstanden, das ihm nach Abzug der Erzeugungskosten noch zur Verfügung steht.

94) So zutr. auch Thiele, AcP 167,201.

als der gezahlte Lohn und die sonstigen Unkosten. Die Arbeit soll dem ArbG schließlich einen Verdienst bringen, der nicht nur die Personal- und Sachkosten deckt, sondern sich darüber hinaus auch als Verdienst für den ArbG darstellt.

c) Schaden bei Verrichtung der Arbeit im Rahmen der Schadensminderungspflicht des § 254 II BGB

Wird die liegengebliebene Arbeit vom ArbG oder von anderen ArbN im Rahmen der Schadensabwendungs- und -minderungspflicht mitverrichtet, so hat der nichterfüllende ArbN nach allgemeiner Ansicht dem ArbG die hierdurch entstehenden Kosten zu ersetzen, soweit sie den Umständen nach als erforderlich anzusehen waren. Da durch diese Aufwendungen der Eintritt eines höheren oder überhaupt eines Schadens verhindert wird, sind die anfallenden Kosten als Teil des Schadens anzusehen, der dem ArbG durch die Nichterfüllung entstanden ist⁹⁵⁾. Sie sind durch das schädigende Ereignis, die Nichterfüllung, verursacht worden und stehen durch die in § 254 II BGB gesetzlich statuierte Pflicht solchermaßen in einem inneren Zusammenhang mit diesem, daß sie

95) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil III, S. 478; Planck-Siber, S. 106; Larenz I, S. 350 f.; Palandt-Danckelmann, § 254, Anm. 2 b; BGHZ 10, 18.

AA Baur, JZ 1964, 355, der die zum Zwecke der die zum Zwecke der Schadensabwendung oder -minderung gemachten Aufwendungen nur unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzen will. Da deren Voraussetzungen bei einem rechtswidrig schuldhaften Eingriff in das Rechtsgut eines anderen in aller Regel vorliegen werden (Baur aaO), gelangt man auch nach dieser Auffassung zum gleichen Ergebnis.

Da eine Unterscheidung zwischen den Kosten zur Herstellung bei entstandenem Schaden und den Kosten zur Verhinderung eines weiteren Schadens oft nur schwer getroffen werden kann, ist die im Text vertretene Auffassung einer einheitlichen Wertung vorzuziehen - vgl. auch Larenz I, S. 350.

dem ersatzpflichtigen ArbN auch zurechenbar sind 96). Zwischen "Aufwendungen" und "Schäden" besteht auch kein unüberbrückbarer Gegensatz unter dem Aspekt der Freiwilligkeit der Vermögenseinbuße 97). Ebenso wie Rechtsprechung und Lehre "Aufwendungsersatz" in Anwendung der Vorschrift des § 670 BGB auch bei unfreiwillig erlittenen Vermögensopfern annehmen, kann umgekehrt ein freiwilliges Opfer einen "Schaden" darstellen 98).

Da es sich bei den Aufwendungen um Maßnahmen der Schadensminderung handelt, bildet der sonst entstehende Schaden die Höchstgrenze für einen Ersatz der entstehenden Kosten.

Das Ergebnis, daß der Schädiger dem Geschädigten die Kosten der pflichtgemäßen Schadensabwendung oder -minderung ersetzen muß, wird bei den üblichen Beispielen zu § 254 II BGB auch für selbstverständlich gehalten 99). Schwierigkeiten tauchen dagegen dann auf, wenn vom Geschädigten "Kosten" im Sinne von Geldmitteln nicht aufgewendet wurden (vgl. u. bb) oder wenn der Geschädigte Maßnahmen zur Minderung eines künftigen Schadens getroffen hat (vgl. u. cc).

aa) Verrichtung der Arbeit durch andere ArbN

Wird die liegengebliebene Arbeit von anderen ArbN auf Weisung des ArbG im Rahmen von **Ü b e r s t u n d e n** erledigt, so besteht der Schaden des ArbG zunächst in den Kosten, welche er für die Bezahlung der Überstunden aufbringen muß, d.h. im Stundenlohn und den Überstundenzuschlägen.

96) So auch Larenz I, S.350 f.; v.Tuhr (aa0) begründet die Ersatzpflicht mit einem Hinweis auf die §§ 538 II HGB, 63 WG, 84 Nr.3 HGB : wenn schon Vermieter und Versicherer die schadensabwendenden Maßnahmen des Vertragspartners im Ergebnis finanzieren müßten, so müsse dies erst recht für den Schädiger gelten, der den Schaden schließlich sogar (mit-)verursacht hat.

97) Vgl. Thiele, Festschrift f. Felgenträger, S.394.

98) Thiele, aa0; Esser, § 42 I.

99) Vgl. Rother, S.155.

Auf diesen Nachteil ist jedoch der Lohn, den der ArbG an den vertragsbrüchigen ArbN bei Weitererfüllung hätte entrichten müssen und den er jetzt erspart, im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen. Da der ArbG auch den Schädiger hätte entlohnen müssen, die Arbeitsleistung also überhaupt nur gegen Zahlung des entsprechenden Lohns erhältlich ist, besteht zwischen Vor- und Nachteil ein notwendiger innerer Zusammenhang, der die Anrechnung rechtfertigt.

Der nichterfüllende ArbN hat somit im Ergebnis nur die Mehrkosten zu ersetzen, die regelmäßig den Überstundenzuschlägen entsprechen werden ¹⁰⁰⁾.

Geschieht die Verrichtung im Rahmen der üblichen Arbeitszeit und zahlt der ArbG für diese zusätzliche Arbeit Zuschläge, so sind diese vom nichterfüllenden ArbN als Kosten der Schadensminderung bzw. -abwendung ebenfalls zu tragen. Da die betreffenden ArbN, die die Arbeit des fehlenden ArbN mitverrichten, für ihre eigene Tätigkeit ohnehin entlohnt werden müssen, entsteht dem ArbG in diesem Falle von vornherein ein Schaden nur in Höhe dieser Zuschläge.

Auch auf diese Zuschläge ist der ersparte Lohn anzurechnen, sodaß der ersatzpflichtige ArbN im Ergebnis nur die Differenz zwischen dem ersparten Lohn und der Summe der Zuschläge zu ersetzen hat.

Zahlt der ArbG den verrichtenden ArbN keine Zuschläge, so hat er insoweit keinen Schaden erlitten ¹⁰¹⁾.

100) Im Erg. auch LAG Baden-Württemberg BB 1958,40; LAG Düsseldorf DB 1960,1280; Schaub, DB 1966,1187; Gumpert, BB 1963,397; Schwittay, Diss. S.68.

101) Ähnlich auch Rother, S.240; Selb, S.66.

Der Frage, inwieweit die verrichtenden ArbN durch die Erbringung der zusätzlichen Arbeit einen Anspruch gegen den ArbG auf Zahlung der ihnen zustehenden Zuschläge haben bzw. inwieweit sie einen Schaden erlitten haben, kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

bb) Verrichtung der Arbeit durch den ArbG

Besteht die Schadensabwendung nach § 254 II BGB darin, daß der ArbG selbst die liegengebliebene Arbeit verrichtet, so hat er Geldmittel nicht aufwenden müssen, einen Vermögensschaden also scheinbar nicht erlitten¹⁰²⁾.

Gleichwohl verlangt auch hier das Billigkeitsgefühl eine Entschädigung des betreffenden ArbG. Letztere ergibt sich jedoch nicht bereits aus der Bestimmung des § 254 II BGB, dem eine Ergänzung des Inhalts, daß der Geschädigte für seine Bemühungen zur Schadensminderung oder -abwendung eine billige Entschädigung in Geld verlangen könne, nicht angefügt ist¹⁰³⁾.

Der Pflicht des Geschädigten, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, steht jedoch die Pflicht des Schädigers gegenüber, jenem den Aufwand für seine Maßnahmen zur Abwendung oder Minderung zu ersetzen¹⁰⁴⁾. Die in § 254 II BGB niedergelegte Pflicht des ArbG bedeutet nicht, daß die Arbeit umsonst zu leisten ist, sondern nur, daß ein kleineres Vermögensopfer zu erbringen ist, um den Eintritt eines größeren Vermögensschadens zu verhindern¹⁰⁵⁾.

Voraussetzung für einen Ersatz der vom ArbG erbrachten Aufwendungen an Arbeitskraft ist also, daß die erbrachte Arbeitsleistung einen **V e r m ö g e n s w e r t** darstellt. Bei der Untersuchung dieser Frage kann vergleichsweise die Behandlung der Arbeitsleistung bei anderen Rechtsinstituten herangezogen werden.

So ist innerhalb des Bereicherungsrechts für eine irrigerweise erbrachte Dienstleistung - da die rechtsgrundlose Leistung nicht in natura zurückgewährt werden kann - Wert-

102) Ist ihm allerdings als Folge der Abwendung ein anderweitiger Gewinn entgangen, so ist dieser - sofern er niedriger als der abgewendete Schaden ist - nach § 252 BGB zu ersetzen - vgl. auch Grunsky S.72, Fn.194.

103) So zutr. Geigel, NJW 1963, 765.

104) RG JW 1938, 2203; RGZ 160, 119; BGHZ 10, 18; 32, 285.

105) Grunsky S.75 f.

ersatz nach § 818 II BGB zu leisten ¹⁰⁶⁾. Auch bei nichtigem Dienstvertrag richtet sich der Ersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den §§ 812 ff. BGB ¹⁰⁷⁾. Es ist sonach die übliche, mangels einer solchen die angemessene Vergütung zu entrichten ¹⁰⁸⁾.

Aus der Regelung des § 1835 II BGB läßt sich weiter entnehmen, daß die geleistete Arbeit selbst dort, wo grundsätzlich unentgeltliche Tätigkeit geschuldet wird, als Vermögenswert angesehen werden kann, wenn sie normalerweise nur gegen eine Vergütung zu erwarten und zu erhalten gewesen wäre ¹⁰⁹⁾. Dies wird auch im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag grundsätzlich anerkannt, zumal hier eine Verpflichtung zu unentgeltlicher Tätigkeit nicht besteht ¹¹⁰⁾.

In allen diesen Fällen folgt aus der Pflicht zur Entrichtung einer Vergütung auch ohne bestehenden Dienstvertrag, daß der erbrachten Arbeitsleistung als solcher ein Vermögenswert zukommt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Arbeitsleistung für einen anderen erbracht wird oder ob jemand für sich selbst arbeitet ¹¹¹⁾. Maßgebend ist allein, daß der ArbG eine Arbeit geleistet hat, die ein Dritter nur gegen Entgelt erbracht hätte. Da die Arbeitskraft des ArbG mit der Erbringung einer Arbeitsleistung aus der personellen Sphäre herausgetreten ist ¹¹²⁾, steht also die Vorschrift des § 253 BGB einem in Geld zu ersetzenden Schaden nicht entgegen.

Die Höhe des Schadensersatzanspruchs des ArbG richtet sich nach dem objektiven Wert seiner erbrachten Arbeitsleistung; es ist also unbeachtlich, was er während

106) Vgl. BGHZ 37, 264; 41, 288.

107) Vgl. z. B. Palandt-Danckelmann, § 611, Anm. 1.

108) BGHZ 36, 321.

109) Vgl. Staudinger-Engler, § 1835, Anm. 8; Palandt-Danckelmann, § 1835, Anm. 2; Thiele, SAE 1968, 83.

110) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 683, Anm. 22; Palandt-Danckelmann, § 683, Anm. 4; Thiele aaO.

111) So auch Grunsky S. 74.

112) Vgl. dazu o. S. 51 f.

der betreffenden Zeit als Unternehmer hätte verdienen können¹¹³⁾. Sowohl für die vom ArbG erbrachte Leistung als auch - nach Anrechnung des ersparten Lohns für den fehlenden ArbN - für den "Nutzeffkt" dieser Leistung ist jedoch ein "Markt" nicht vorhanden.¹¹⁴⁾, sodaß sich bei der Berechnung dieses objektiven Werts der Arbeitskraft des ArbG Schwierigkeiten ergeben.

Obwohl der ArbG eine Arbeit verrichtet, die an sich gleichermaßen durch eine Ersatzkraft verrichtet werden könnte, setzt er doch seine eigene Arbeitskraft ein. Im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO wird die tarifliche oder übliche Vergütung für eine Ersatzkraft lediglich einen Anhaltspunkt für die Bestimmung eines Mindestschadens bilden können¹¹⁵⁾. Im übrigen wird der objektive Wert der Arbeitsleistung des ArbN danach zu bemessen sein, zu welchem Entgelt es ihm zuzumuten wäre, die betreffende Tätigkeit statt in seinem eigenen in einem fremdem, gleichgear teten Unternehmen zu verrichten.

Auf den im objektiven Wert der Arbeitsleistung des ArbG bestehenden Schaden ist der Lohn, den der ArbG an den fehlenden ArbN bei Weitererfüllung hätte zahlen müssen, anzurechnen¹¹⁶⁾.

113) Vgl. aber o.Fn. 102; im Erg. auch Thiele, SAE 1968, 28. Das BAG (NJW 1968, 221) spricht vom Ersatz des "Arbeitsaufwandes".

AA Grunsky, S. 82 f., der stets den Wert dessen ersetzen will, was der ArbG in der fraglichen Zeit hätte verdienen können - vgl. dazu auch u. S. 73.

114) Vgl. Thiele, aaO; Mertens, S. 72.

115) So auch Thiele, aaO. - Eine Ausnahme muß allerdings für den Fall gelten, daß der ArbG zur Einstellung einer Ersatzkraft verpflichtet war und eine solche auch zu erhalten gewesen wäre. Verrichtet der ArbG in diesem Falle die Arbeit selbst, so folgt schon aus der Bestimmung des § 254 II BGB, daß er Ersatz nur in Höhe des sonst an die Ersatzkraft zu entrichtenden Lohns erhält.

116) Diese Anrechnung ergibt sich beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung i.S. der §§ 325, 326 BGB bereits aus der Anwendung der Differenztheorie (vgl. o.S. 20); beim Schadensersatz nach § 628 II BGB dagegen aus dem Eingreifen der Vorteilsausgleichung.

cc) Trifft der Geschädigte schon vor Eintritt eines Schadensfalls v o r s o r g l i c h Vorkehrungen zur Minderung des drohenden Schadens, so ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen er diese Kosten vom Schädiger ersetzt verlangen kann.

So kann in der Praxis durchaus der Fall eintreten, daß der ArbG - um einen geregelten Betriebsablauf zu gewährleisten - ArbN einstellen muß, die als "Reserve" bei Ausfall besonders qualifizierter Kräfte oder bei Ausfall von Arbeitskräften schlechthin gedacht sind.

Die vorliegende Streitfrage hat sich, soweit ersichtlich, an einem Urteil des Bundesgerichtshofs betreffs Ersatzes von Reservehaltungskosten eines Straßenbahnwagens im Falle einer Beschädigung eines im Betrieb befindlichen Wagens entzündet ¹¹⁷⁾. Der BGH verurteilte den Schädiger in dem betreffenden Fall zur anteiligen Tragung der Anschaffungs- und Unterhaltungskosten des vorsorglich gehaltenen Reservewagens. Zur Begründung führte er aus, daß es - wenn einmal die Pflicht des Geschädigten zur Schadensminderung und zum anderen die des Schädigers zur Tragung des Schadens, d.h. der entsprechenden Kosten, feststehe - keinen Unterschied machen könne, ob die schadensmindernden Maßnahmen erst nach Eintritt des Schadensfalls oder vorsorglich schon früher getroffen wurden.

Gegen diese Entscheidung läßt sich zunächst einwenden, daß es sich bei den Reservehaltungskosten nicht um Kosten handelt, die durch den Schadensfall oder durch den Schädiger verursacht wurden, sondern daß diese Kosten auf einem bereits vorher gefaßten Entschluß des Geschädigten selbst beruhen ¹¹⁸⁾. Dieser Einwand kann aber nur für die Frage Bedeutung haben, ob es sich um einen Schaden oder um "Aufwendungen" im Sinne des § 683 BGB handelt ¹¹⁹⁾. Da vorsorgliche

¹¹⁷⁾ Vgl. BGHZ 32,280.

¹¹⁸⁾ So z.B. Niederländer, JZ 1960,617.

¹¹⁹⁾ So zutr. Larenz I, S.351. Daß es n i c h t auf den Zeitpunkt ankommen kann, an dem die Anschaffung des Reservegegenstandes erfolgte, hat Rother (S.157) überzeugend

Maßnahmen zur Schadensminderung zumindest auch im Interesse des Schädigers liegen, wenn sie den sonst zu ersetzenden Schaden nicht übersteigen ¹²⁰⁾, kann ein Ersatz derselben durch den Schädiger nicht von vornherein ausgeschlossen sein.

Aber selbst wenn man die Entscheidung des BGH ¹²¹⁾ vom Ergebnis her als gerechtfertigt ansähe, so müßte doch der Gefahr einer Ausweitung dieser in ihrer Allgemeinheit sonst zur Uferlosigkeit führenden Grundsätze durch Schaffung einengender Abgrenzungskriterien entgegengetreten werden ¹²²⁾. Die Abgrenzung der vom Schädiger zu ersetzenden Reservehaltungskosten gegenüber dem vom Geschädigten selbst zu tragenden Teil des Schadens bereitet allerdings erhebliche Schwierigkeiten und geschieht im Zivilrecht bisher auch nicht einheitlich.

Eine Differenzierung hat zunächst der BGH in einer weiteren Entscheidung zu diesem Problemkreis getroffen ¹²³⁾. Als Voraussetzung für den Ersatz der Vorsorgekosten durch den Schädiger verlangt er nunmehr, daß der Geschädigte gerade mit Rücksicht auf die zu erwartenden Schädigungen durch Dritte mehr Fahrzeuge in Reserve halte, als er dies

nachgewiesen : wenn jemand vor seinem Haus angefahren wird und dabei eine Verletzung erleidet, dann dürfe es keinen Unterschied machen, ob der Geschädigte ein bereits vorsorglich angeschafftes Verbandspäckchen benutze oder ob er ein solches erst nach dem Unfall aus der nächsten Apotheke besorge.

120) Vgl. auch Larenz I, S.351; Rother, S.157.

121) Vgl. o. Fn.117.

122) Vgl. insbes. Rother, S.157; insoweit auch Niederländer, aaO. Zu welch abwegigen Konsequenzen man durch eine derartige Ausweitung gelangte, zeigen die von Rother (aaO) angeführten Beispiele: ein Brandstifter müßte die anteiligen Beträge für die vorsorgliche Anschaffung und Unterhaltung der Feuerlöschgeräte, durch deren Einsatz ein größerer Brandschaden verhindert wurde, tragen; ein Unfallschuldiger müßte dem Geschädigten, der sich am Tag vor dem Unfall die Reifen hat erneuern lassen, deren Kosten ersetzen, wenn feststeht, daß der Unfall sonst wegen der schlechteren Bremswirkung folgenschwerer verlaufen wäre.

123) Vgl. VersR 1961,358.

aus allgemeinen Betriebsgründen getan hätte ¹²⁴⁾. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, so genüge es, wenn Schädigungen dieser Art durch Dritte allgemein nach der Erfahrung zu erwarten seien.

Demgegenüber sieht Rother ¹²⁵⁾ das maßgebliche Kriterium für die Abgrenzung der Kostenerstattungsfrage in der *Sachzuständigkeit*, d.h. in der Frage, zu wessen Rechts-, Besitz- oder Einflußsphäre es gehört, die Sache anzuschaffen und imstand zu halten. Hat der Geschädigte zwecks Schadensminderung eine ihm selbst obliegende Maßnahme durchgeführt, so kann er nach dieser Auffassung Ersatz für seine Handlung auch dann nicht verlangen, wenn der eingetretene Schaden andernfalls nachweislich höher ausgefallen wäre. Nur dann, wenn der Geschädigte durch die Schadensdrohung zu einem ihm sonst *nicht* zukommenden Handeln veranlaßt worden ist, können die Aufwendungen ersetzt werden ¹²⁶⁾,

Beide Auffassungen gehen damit letztlich in Richtung einer Einschränkung der Kostenerstattungspflicht bei Reservehaltung. Einer Abgrenzung nach objektiven Gesichtspunkten ist jedoch der Vorzug zu geben, da sie mit eindeutigeren Kriterien arbeiten kann ¹²⁷⁾.

Die Kosten für eine Reservehaltung von Arbeitskräften bestünden in den anteiligen Kosten der Einstellung (z.B. der Annoncenkosten), dem anteiligen Lohn, der während der Wartezeit an diese Kräfte gezahlt werden müßte sowie in den anteiligen eventuellen Ausbildungskosten.

Eine Einschränkung der obigen Grundsätze ergibt sich im Arbeitsrecht zunächst aus dem grundlegenden Unterschied

124) Z.B. für selbstverschuldete Unfälle oder Reparaturen sonstiger Art.

125) AaO, S.158 ff.

126) Ähnlich auch Larenz I, S.351.

127) Oft werden beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis gelangen, so zumindest bei den bisher entschiedenen Fällen der Reservehaltung von Kraftfahrzeugen; vgl. auch Rother, S.159.

zwischen einer Sachnutzung und der Nutzung der menschlichen Arbeitskraft. Während gegen eine Nichtbenutzung der Reservesache bis zum Eintritt des Schadensfalls wegen der sonst erfolgenden Abnutzung nichts einzuwenden ist, kann ein Reservearbeitnehmer ohne "Abnutzung" der Arbeitskraft in der Zwischenzeit mit anderen Arbeiten beschäftigt werden. Aus dem im Rahmen der Schadensabwendungs- und -minderungspflicht besonders ausgeprägten Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich im Arbeitsrecht sogar die *P f l i c h t*, derartige ArbN bis zum Eintritt des Schadensfalls anderweitig zu beschäftigen. Der dieser erbrachten Arbeitsleistung entsprechende Lohn ist- da der ArbG insoweit eine Gegenleistung erhalten hat - nicht zu den Reservehaltungskosten zu rechnen. Damit kommt von vornherein nur die Differenz zwischen dem an die Reservekraft gezahlten und dem der erbrachten Arbeit entsprechenden Lohn als Ersatzbetrag in Frage. Da in vielen Fällen die *v o r* Eintritt des Schadensfalls ausgeübte Tätigkeit der im "Reserve"fall ausgeübten gleichwertig sein wird, ist eine solche Differenz nur vorhanden, wenn der ArbN an seinem "Bereitschafts"arbeitsplatz überbezahlt ist.

Aber selbst dann kann dieser Mehrbetrag nicht unter dem Gesichtspunkt eines Ersatzes der Kosten der vorsorglichen Schadensminderung vom nichterfüllenden ArbN ersetzt verlangt werden. Bei der Einstellung und Bereithaltung von Reservearbeitskräften handelt es sich nämlich um Maßnahmen, die dem ArbG selbst obliegen, die in seine Rechts- und Einflußsphäre fallen. Letztlich kommt es damit zu einer Überlagerung der durch Verschulden des ArbN verursachten Schadensfälle ¹²⁸⁾.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der ArbG Reservehaltungskosten vom nichterfüllenden ArbN grundsätzlich *n i c h t* ersetzt verlangen kann ¹²⁹⁾.

128) Vgl.hierzu Rother, S.160.

129) Während des Schadenszeitraums kann der ArbG natürlich den Mehrlohn der Reservekräfte nach den oben (S.46 f.) aufgestellten Grundsätzen verlangen.

3) Schaden bei freiwilliger Verrichtung der liegengebliebenen Arbeit durch den ArbG

Vorwegzuschicken ist hier, daß eine freiwillige ebenso wie eine pflichtgemäße Schadensminderung oder -abwendung unmittelbar nur durch den ArbG als Vertragspartner des ArbN in Betracht kommt. Ob der ArbG dann die liegengebliebene Arbeit selbst verrichtet oder im Rahmen seines Weisungsrechts auf andere ArbN überträgt, bleibt im Verhältnis zum nichterfüllenden ArbN ohne Bedeutung.

Erfolgte nun die Abwendung oder Minderung des Schadens, ohne daß der ArbG nach § 254 II BGB dazu verpflichtet war, also "überobligationsmäßig" ¹³⁰⁾, so kann sich eine andere Rechtslage ergeben als bei bestehender Verpflichtung zur Verrichtung der Arbeit. Zwar wird auch hier der Wert der erbrachten Arbeitsleistung ersetzt werden müssen. Daneben ist aber zu erwägen, ob der ArbG - etwa nach dem Grundsatz, daß überobligationsmäßige Leistungen des Geschädigten dem Schädiger nicht zugutekommen dürfen ¹³¹⁾ - nicht auch Ersatz desjenigen Schadens verlangen kann, der ohne die freiwillige Schadensabwendung entstanden wäre. Daß dieser letztlich im entgangenen Gewinn bestehende Schaden regelmäßig weit höher wäre, als derjenige, der durch Ersatz lediglich der Aufwendungen entstünde, leuchtet ein.

Als Ausgangspunkt der Erörterung dieses Problems soll der folgende, einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zugrundeliegende Sachverhalt dienen ¹³²⁾:

Ein Zahnarzt, dessen Helferin unberechtigt fristlos gekündigt hatte und der eine Ersatzkraft nicht erhalten konnte, verrichtete während eines Schadenszeitraums von einigen Monaten die Tätigkeit seiner ehemaligen Angestellten neben

130) Mit "Obligation" ist hier das als Folge der Nichterfüllung zwischen ArbG und ArbN entstandene Rechtsverhältnis gemeint, auf Grund dessen der ArbG die Obliegenheit trifft, den Schaden zu mindern - vgl. u. § 6 I.

131) Vgl. BAG NJW 1968, 221.

132) BAG aaO.

seiner eigenen. Dafür wandte er pro Tag durchschnittlich vier Stunden Freizeit auf; andere Einnahmen entgingen ihm dadurch nicht.

Dem Schadensersatzanspruch des ArbG wegen des Gewinns, der ohne seine überobligationsmäßige Verrichtung entgangen wäre, hielt die Helferin entgegen, daß ein Vermögensschaden nicht entstanden sei, da die Arbeit verrichtet worden und ein Gewinn somit auch nicht entgangen sei ¹³³⁾.

Die der Klage stattgebende Entscheidung des BAG gibt Anlaß, den Schadensbegriff und in diesem Zusammenhang auch den Sinn und Zweck des Instituts der Vorteilsausgleichung zu überprüfen. Dabei soll im Rahmen der Untersuchung zunächst der vom BAG gewählte Weg auf seine Gangbarkeit hin betrachtet werden. Anschließend ist auf die Frage einzugehen, inwieweit der ArbG Ersatz für die von ihm bzw. von anderen ArbN erbrachte Arbeitsleistung erhalten kann.

aa) Ersatz des entgangenen Gewinns im Wege einer Versagung der Vorteilsausgleichung?

Vorteile, die der Geschädigte durch eigene Tätigkeit erzielt, sind nach überwiegender Ansicht auf den entstandenen Schaden *n i c h t* anzurechnen, wenn diese Tätigkeit sich nicht mehr als zumutbare Schadensminderung darstellt ¹³⁴⁾. Unter diesem Gesichtspunkt einer Versagung der Vorteilsausgleichung gelangte auch das BAG in seiner vielbeachteten, aber überwiegend kritisierten Entscheidung im obigen Ausgangsfall zu einem Vermögensschaden des ArbG ¹³⁵⁾.

133) Dieser Rechtsauffassung folgten auch die Vorinstanzen. Art und Dauer der verrichteten Arbeit lassen jedenfalls eine Beurteilung als "überobligationsmäßig" gerechtfertigt erscheinen.

134) Vgl. z.B. Enneccerus-Lehmann, § 17 II 1 a; Palandt-Danckelmann, Vorbem. 7 vor § 249.

135) Abgedruckt in NJW 1968, 221 = AP Nr. 7 zu § 249 BGB mit sbl. Anm. Larenz = SAE 1968, 78 mit sbl. Anm. Thiele = AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch, Entsch. 10 mit sbl. Anm. Herschel = ArbuR 1968, 93 mit zust. Anm. Frey.

Da in Wirklichkeit jedoch durch die freiwillige Verrichtung der Arbeit seitens des ArbG bereits der Eintritt eines Schadens verhindert werden sollte, erscheint zweifelhaft, ob es sich in diesem Fall um ein Problem der Vorteilsausgleichung handelt.

Voraussetzung für eine Ausgleichung von Vorteilen ist - und daran ist auch im Arbeitsrecht prinzipiell festzuhalten - daß überhaupt die Möglichkeit einer Ausgleichung besteht, daß also sowohl Nachteil als auch Vorteil für den Betroffenen wirklich *e n t s t a n d e n* sind ¹³⁶⁾. Es müssen also zumindest immer *z w e i* Rechnungsposten vorhanden sein: ein Posten auf der Passivseite - der Nachteil - und ein Posten auf der Aktivseite - der Vorteil. Dabei ist es gleichgültig, ob man die Versagung eines Vorteilsausgleichs mit der herrschenden Lehre als ein Problem des Schadensbegriffs ansieht oder ob man in der Vorteilsausgleichung ein selbstständiges Institut des Schadensrechts sieht und die Frage nach einem Ausschluß derselben als Wertungsproblem nur im Bereich der Schadenszurechnung bestehen lassen will ¹³⁷⁾. In jedem Falle ist notwendig und wird auch eigentlich nicht ausdrücklich bestritten, daß zunächst eine nachteilige Veränderung im Status des Verletzten herbeigeführt worden sein muß; ob diese im Endergebnis infolge einer Ausgleichung noch als "Schaden" besteht, ist dabei unbeachtlich.

Das Institut der Vorteilsausgleichung kann weder zur Begründung eines Schadens dienen noch läßt sich mit seiner Hilfe ein neuer, normativer Schadensbegriff entwickeln ¹³⁸⁾. Es

136) Im Erg. auch Kollhosser, AcP 166, 285; Grunsky, S.75 Fn.201; Taube, VersR 1953,89.

137) So neuerdings vor allem Mertens, S.223.

138) So auch Staudinger-Werner, Vorbem.102 vor § 249; Siebert, Festschrift f.Lehmann II S.670; Kollhosser, aaO; Palandt-Danckelmann, Vorbem.7 vor § 249; Mertens, S.86; Taube aaO; Reinicke, NJW 1953,1243; Thiele, SAE 1968,78; aa noch BGHZ 7,30 und 21,112: der durch Fortzahlung des Lohns trotz Arbeitsunfähigkeit verursachte Vorteil dürfe dem Schädiger nicht zugutekommen und könne deshalb bei der Schadensberechnung nicht berücksichtigt

setzt vielmehr - um es noch einmal zu betonen - in jedem Falle einen Schaden im bürgerlichrechtlichen Sinne voraus.

Somit hat die Frage im Folgenden zu lauten, ob trotz überobligationsmäßiger Verrichtung der Arbeit und trotz gleichen Umsatzes dem ArbG ein Vermögensschaden entstanden ist, der zu dem Vorteil (Arbeitsaufwand bzw. durch diesen erzielter Erfolg ¹³⁹⁾) in Beziehung gesetzt werden könnte.

Daß dem ArbG bereits durch den Entzug der Arbeitskraft des ArbN weder ein objektiver noch ein Bedarfsschaden entstanden ist, wurde bereits dargelegt (vgl.o.S.51 ff.).

Der ArbG hat aber auch keinen konkreten Schaden in Form eines entgangenen Gewinns nach § 252 BGB erlitten. Ein Vergleich des hypothetischen Zustandes bei gehöriger Erfüllung mit dem tatsächlichen Zustand infolge der Nichterfüllung und der freiwilligen Verrichtung der Arbeit zeigt, daß der ArbG eine tatsächliche Einbuße nicht erlitten hat. Dies erkennt auch das BAG an, wenn es ausführt: "Der Kläger hat zwar nicht vorgetragen, daß tatsächlich eine Einkommensminderung eingetreten ist. Sie ist auch offensichtlich nicht erfolgt" ¹⁴⁰⁾.

Gleichwohl gelangt das BAG im Ergebnis zu einem Vermögensschaden des ArbG, indem es davon ausgeht, daß dieser in der Einkommensminderung bestehe, die der ArbG infolge des Arbeitsvertragsbruchs des ArbN ohne seine schadensabwendende

werden. Auch wenn der ArbN einen Schaden im bürgerlichrechtlichen Sinne nicht erlitten habe, sei ein solcher doch unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zu bejahen.

Anders bereits BGHZ 43,378 : die Tatsache der Fortzahlung sei nicht "wegzudenken", sie sei vielmehr realer Anknüpfungspunkt für einen Schaden im Rechtssinne, wozu es keiner rechnerischen Fiktion bedürfe.

139) Nicht dagegen besteht der Vorteil - wie das BAG angenommen hat - in der Abwehr oder Verhinderung des Eintritts eines Schadens - so zutr.auch Thiele, SAE 1968,78.

140) AaO.

Tätigkeit erlitten h ä t t e. Damit wird ganz offen ausgesprochen, daß auch ein lediglich h y p o t h e t i -
s c h e r Schaden als ersatzfähig angesehen werden kann. Das BAG versucht nun den Eindruck zu erwecken, als sei die Erstattung eines "in gewissem Sinne hypothetischen" Schadens unserer Rechtsordnung nicht fremd und führt hierfür den aus § 843 IV BGB gewonnenen allgemeinen Rechtsgedanken und die Rechtsprechung zu den Lohnfortzahlungsfällen an.

Den angeführten Fallgruppen ist gemeinsam, daß die Schadensersatzpflicht auch dann besteht, wenn die konkrete wirtschaftliche Lage des Geschädigten vor einer nachteiligen Änderung nur infolge von Leistungen eines a n d e r e n bewahrt geblieben ist, die ihrer Natur nach nicht dem Schädiger zugutekommen sollen ¹⁴¹⁾. Es handelt sich somit um Fälle, in denen ein Dritter dem Verletzten einen Vermögenswert zuwendet, wobei diese Zuwendungen bestimmten Zwecksetzungen ("Versorgungszweck") unterliegen ¹⁴²⁾.

Ein S c h a d e n ist in diesen Fällen aber stets eingetreten; er wird im Rahmen des § 843 IV BGB nur dadurch ausgeglichen, daß ein Dritter für den Schaden einzustehen hat ¹⁴³⁾; in den Lohnfortzahlungsfällen wird er dadurch ausgeglichen, daß der ArbG zur Fortzahlung des Lohns verpflichtet ist ¹⁴⁴⁾. Damit ist bei diesen Beispielen lediglich fraglich, ob die Leistung des Dritten den Schaden beseitigt bzw. die Schadensersatzforderung mittilgt ¹⁴⁵⁾. In keinem der genannten Fälle liegt jedoch eine Schadensverhinderung vor, niemals handelt es sich um den Ersatz eines nur hypothetischen Schadens ¹⁴⁶⁾.

141) Vgl.z.B. BGHZ 4,170; RGRK zum BGB, § 843, Anm.9; im Erg. auch BAG NJW 1968,221.

142) Vgl.Thiele,aaO.

143) So zutr.Larenz, Anm.zu AP Nr.7 zu § 249 BGB.

144) Regelmäßig ist denn auch dem A r b G ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns entstanden; dieser ist jedoch als mittelbarer Schaden nicht ersatzfähig - vgl. dazu auch Offerhaus, BB 1963,772; Larenz,aaO; Kollhoser,AcP 166,285.

145) So zutr.Thiele,aaO.

146) Im Erg. auch Larenz,aaO; Thiele,aaO.

Erledigt der ArbG die liegengebliebene Arbeit überobligationsmäßig selbst, so ist er infolge seiner eigenen, die Grenzen des ihm Zumutbaren übersteigenden Anstrengungen vor einem konkreten Schaden bewahrt geblieben¹⁴⁷⁾. Einen Rechtssatz des Inhalts, daß der Ersatzpflichtige auch denjenigen Schaden ersetzen muß, den der Geschädigte erlitten haben würde, wenn er nicht überobligationsmäßige Anstrengungen zur Schadensminderung unternommen hätte, kennt unsere Rechtsordnung aber bisher nicht¹⁴⁸⁾. Die richterliche Schöpfung eines derartigen neuen Rechtssatzes könnte nur dann gerechtfertigt sein, wenn hinreichende Gründe für eine solche Rechtsfortbildung sprächen.

Sind Gründe hierfür in den Fällen des § 843 IV BGB und in den Lohnfortzahlungsfällen ohne Zweifel vorhanden, so trifft dies für den vorliegenden Fall nicht zu. Schließlich geht der ArbG auch nicht leer aus, wenn sein hypothetischer Schaden nicht ersetzt wird; er erhält Ersatz für die von ihm aufgewendete Arbeitsleistung¹⁴⁹⁾. Es sind im Gegenteil sogar gewichtige Gründe vorhanden, die gegen eine derartige Ausweitung des Schadensbegriffs sprechen. Zwar ist es nicht die Bestimmung des § 253 BGB, die hier einer Ersatzpflicht entgegenstünde, denn auch bei hypothetischen Schäden handelt es sich um Vermögensschäden, die der ArbG nur deshalb nicht als adäquate Folge des ersatzpflichtig machenden Umstandes erlitten hat, weil er überobligationsmäßig tätig geworden ist¹⁵⁰⁾. Ein Anspruch des ArbG muß jedoch an dem Axiom des Schadensersatzrechts, daß nur solche Schäden zu ersetzen sind, die der Geschädigte wirklich erlitten hat, scheitern¹⁵¹⁾. An diesem im Kern natürlichen Schadensbegriff

147) In diesem Zusammenhang ist auch eine Verrichtung durch andere ArbN als Maßnahme des ArbG anzusehen - vgl.o.

148) So zutr. Larenz, aaO.

149) Vgl. o. c,bb und u. bb,aaa.

150) Vgl. Larenz, aaO.

151) Im Erg. auch Thiele, aaO; sA offensichtlich Larenz, aaO, der ein Abgehen von diesem "Axiom" im Zuge der ständig fortschreitenden Abweichung des Schadensersatzrechts von der strengen Bindung an den Kausalzusammenhang zugunsten von Wertungsgesichtspunkten nicht von vornherein als unzulässig ansehen will.

ist trotz aller wertenden Überformungen in Einzelbereichen grundsätzlich festzuhalten ¹⁵²⁾. Dies muß umso mehr im Arbeitsrecht gelten, zumal eine Anerkennung der Ersatzfähigkeit hypothetischer Schäden letztlich auf eine Sanktion gegen den ArbN hinausläuft ¹⁵³⁾.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der ArbG den Gewinn, der ihm ohne überobligationsmäßige Verrichtung der Arbeit entgangen wäre, nicht ersetzt verlangen kann. Abzulehnen ist sowohl der Ersatz eines "normativen" als auch eines "hypothetischen" Schadens.

bb) Ersatz für die erbrachte Arbeitsleistung

Daß der genutzten Arbeitskraft ein Vermögenswert zukommt, wurde bereits festgestellt ¹⁵⁴⁾.

Hinsichtlich der Frage, ob auch die freiwillig erbrachte und im Ergebnis der Schadensabwendung oder -minderung dienende Arbeitsleistung einen auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch gegen den ArbN begründet, kann es nicht darauf ankommen, aus welchen Motiven heraus die Leistung erfolgte. Nach überwiegender Meinung umfaßt die Schadensersatzpflicht auch solche Vermögensopfer, die der Geschädigte von sich aus erbringt, um den Schaden abzuwenden oder doch möglichst gering zu halten, soweit sie sich nur

152) Vgl. auch Thiele, aaO, der die vorliegende Problematik auf der Ebene der Zurechenbarkeit des Kausalzusammenhangs lösen will. Nach seiner Ansicht handelt es sich hier um einen Fall der "Unterbrechung" des Kausalzusammenhangs, denn der durch die Nichterfüllung in Gang gesetzte Kausalverlauf wird durch das Eingreifen des ArbG in andere Bahnen gelenkt und ein drohender Vermögensschaden wird abgewendet. Da sich nun der ArbN den neuen Kausalverlauf statt des "abgebrochenen" zurechnen lassen müsse, wenn dieser zu Vermögensbeeinträchtigungen anderer Art geführt habe, müsse es ihm umgekehrt auch zugutekommen, wenn der neue Kausalverlauf schadensfrei geblieben sei.

153) Vgl. dazu u. IV 2 a.

154) Vgl. o.S. 58 ff.

im Rahmen des Gebotenen halten ¹⁵⁵⁾. Die Aufwendungen des ArbG an Arbeitsleistung sind Ausdruck eines "bedingten tatsächlichen Müssens" zur Erhaltung des status quo ¹⁵⁶⁾. Sie stehen mit dem Schadensereignis in einem solch engen inneren Zusammenhang, daß sie dem schädigenden ArbN ungeachtet des letztlich freien Entschlusses, sie zu machen, z u r e c h e n b a r sind ¹⁵⁷⁾.

Daß die Aufwendungen bei freiwilliger Abwendung oder Minderung des Schadens dann nicht zu ersetzen sind, wenn sie den sonst entstehenden Schaden übersteigen, versteht sich von selbst.

aaa) Erbringung der Leistung durch den ArbG in eigener Person

Der im Aufwand von Arbeitskraft liegende Vermögensschaden des ArbG ist unabhängig davon zu ersetzen, was dieser sonst mit seiner Arbeitskraft angefangen hätte, also ohne Rücksicht darauf, ob er in der betreffenden Zeit anderweitig gearbeitet hätte oder ob er seine Freizeit genossen hätte. Der Gesichtspunkt eines Ersatzes wegen des Verlusts von Freizeit tritt in diesem Falle zurück. Denn wenn in der Freizeit A r b e i t geleistet wurde, liegt das Problem nicht so sehr darin, ob "Freizeit" oder "Arbeitskraft" einen abstrakten Vermögenswert besitzen, sondern es geht in erster Linie darum, ob die g e l e i s t e t e Arbeit einen Vermögenswert darstellt ¹⁵⁸⁾. Die Einbuße von Freizeit ist in diesem Zusammenhang lediglich eine Folge der Erbringung der Arbeitsleistung und kann allenfalls bei der Frage der Schadens h ö h e eine Rolle spielen.

155) Vgl. Larenz I, S. 351 f.; Thiele, SAE 1968, 81; Böttcher, VersR 1966, 302; Mertens, S. 163 ff.; Grunsky, S. 74.

156) Mertens, aaO; Thiele, aaO.

157) Vgl. Larenz, aaO.

158) So auch Thiele, aaO; Grunsky, S. 73; insofern trifft auch der erste Leitsatz des BAG (NJW 1968, 221): "Die Einbuße an Freizeit stellt als solche noch keinen Vermögenswert dar" nicht den Kern des Problems, worauf Thiele aaO zutr. hinweist..

Für die Berechnung des Werts der vom ArbG freiwillig erbrachten Arbeitsleistung bieten sich zwei Möglichkeiten an : (1) der ArbG erhält den Wert dessen, was er in der fraglichen Zeit hätte verdienen können (2) er erhält wie bei pflichtgemäßer Verrichtung (nur) den objektiven Wert seiner erbrachten Arbeitsleistung.

Eine Berechnung des Schadensersatzes nach den sonstigen Verdienstmöglichkeiten des ArbG entfällt hier nicht schon - wie bei bestehender Verpflichtung nach § 254 II BGB - von vornherein. Sie setzt jedoch voraus, daß bereits der Verlust von Freizeit als solcher einen Vermögensschaden darstellt ¹⁵⁹⁾.

Sieht man bereits in der ungenutzten Arbeitskraft einen Vermögenswert ¹⁶⁰⁾, so folgt aus einem Verlust von Zeit ein Verlust der Chance, Geld zu verdienen. Damit ist eine Möglichkeit entgangen, die Arbeitskraft nutzbringend einzusetzen. Über die Unbeschlichkeit des Nutzungswillens analog zum Ersatz des Nutzungsentgangs bei einer Sache könnte man hier zu einem Vermögensschaden in Höhe der Verdienstmöglichkeiten des ArbG kommen ¹⁶¹⁾.

Zu dem Problem, ob der ungenutzten Arbeitskraft ein Vermögenswert zukommt, wurde bereits oben ablehnend Stellung genommen ¹⁶²⁾.

Aber auch die Freizeit als solche kann nach geltendem Recht keinen Vermögenswert haben ¹⁶³⁾. Sie ist zwar einer der

¹⁵⁹⁾ Vgl. aber auch o.Fn.102.

¹⁶⁰⁾ So z.B. Grunsky, S.77.

¹⁶¹⁾ So in der Tat Grunsky, aaO.

¹⁶²⁾ Vgl. o.S.58 ff.

¹⁶³⁾ So die überwiegende Meinung; vgl. z.B. Larenz, Festschrift f. Nipperdey, S.456; Enneccerus-Nipperdey, S.578; Staudinger-Ostler, § 516, Anm.4; Erman, § 253, Anm.1; Böttcher, VersR 1966,303; Mertens, S.152; Trinkner, BB 1967,162; Heldrich, NJW 1967,1737; Thiele, SAE 1968,81; BAG NJW 1968,221; OLG Celle MDR 1964,413; aa Grunsky, S.77; LG Hagen NJW 1963,765. Wenn gegen die Vorschrift des § 253 BGB in neuerer Zeit verschiedentlich Bedenken wegen eines Verstoßes gegen das Grundgesetz erhoben werden, so beziehen sich

Faktoren, von denen die Möglichkeit, Geld zu verdienen, abhängt. Der Erwerb, den jemand während einer gewissen Zeit macht, ist jedoch nicht der Gegenwert für diese Zeit. Dieser hängt vielmehr davon ab, was der Betreffende aus seiner Zeit und anderen Faktoren, wie Erfahrung, Geschicklichkeit und nicht zuletzt auch seiner Arbeitskraft macht. Arbeitskraft und Freizeit als solchen kann daher, ebenso wie der Gesundheit, dem körperlichen und seelischen Wohlbefinden oder den menschlichen Kontakten *kein* abstrakter Vermögenswert zukommen ¹⁶⁴⁾. Zu welchen merkwürdigen Konsequenzen man andernfalls gelangte, zeigen die folgenden Beispiele: die Freizeit, die jemand dazu verwenden muß, um einen Prozeß zu führen, um einen Irrtum des Geschäftspartners richtigzustellen oder um ein Versehen einer Behörde durch einen Gang zu dieser aus der Welt zu schaffen, wäre in Geld zu ersetzen ¹⁶⁵⁾.

Solche Folgerungen will das Gesetz aber mit seiner Unterscheidung zwischen regelmäßig zu ersetzenden Vermögensschäden und nur ausnahmsweise zu ersetzenden Nichtvermögensschäden gerade vermeiden ¹⁶⁶⁾.

Da somit bei Erbringung der Arbeit in der Freizeit weder die Einbuße an Freizeit noch die Chance einer Nutzung der Arbeitskraft, sondern allein die *g e l e i s t e t e* Arbeit als solche vergütet wird, kann sich der Schadensersatz des ArbG nicht danach bemessen, was er in der fraglichen Zeit hätte verdienen können.

diese allein auf den Ersatz von Schäden aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hinsichtlich der übrigen Nichtvermögensschäden und deren Abgrenzung von den Vermögensschäden bestehen an der Gültigkeit des § 253 BGB keine Bedenken - vgl. auch Grunsky, S. 11.

164) Vgl. Larenz, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 249 BGB.

165) Vgl. Larenz, aaO.

166) So zutr. Larenz, aaO; die umstrittenen "Urlauber"-fälle (vgl. z.B. OLG Frankfurt OLGZ 1967, 130) gehören nicht hierher, denn dort wurden, ähnlich wie beim Nutzungsentgang einer Sache, bereits im *v o r a u s* Aufwendungen an Vermögen für die Freizeit getätigt.

Zu ersetzen ist somit auch hier nur der objektive Wert der erbrachten Arbeitsleistung; es gilt im Ergebnis nichts anderes als bei Verrichtung der Arbeit im Rahmen des § 254 II BGB 167).

Auf diesen Schaden ist der Lohn, den der ArbG infolge Freiwerdens von seiner Lohnzahlungspflicht gegenüber dem nicht-erfüllenden ArbN erspart hat, anzurechnen 168).

-
- 167) Vgl.o. S.59 f.; Thiele (SAE 1968,81) will im Ausgangsfall dem Zahnarzt als "Marktpreis diejenigen Kosten ersetzen, die bei Verrichtung der Arbeit der HelferIn durch Schreibbüro und Labor angefallen wären. Das BAG legte im Ausgangsfall den "hypothetischen" Schaden des Zahnarztes mit 10.-DM pro Stunde zugrunde. Dieser Betrag dürfte im Ergebnis dem objektiven Wert der erbrachten Arbeitsleistung des ArbG entsprechen, sodaß das BAG auch auf diesem - dogmatisch gesicherteren - Weg zum gewünschten Ziel gelangt wäre. Letztlich zieht es auch nicht die Konsequenzen aus der von ihm vertretenen Auffassung, denn der im entgangenen Gewinn bestehende "hypothetische" Schaden wäre weit höher als der vom BAG angenommene "Nutzeffekt" (worauf auch Larenz in seiner Anmerkung in AP Nr.7 zu § 249 BGB zutreffend hinweist).
- Die Bemerkung des BAG, daß der ArbN die Aufwendungen des ArbG auch dann ersetzen müsse, wenn eine Pflicht zur Schadensminderung bestünde, läßt erkennen, daß es selbst im Ergebnis keinen Unterschied zwischen pflichtgemäßer und freiwilliger Schadensabwendung machen will.
- 168) Vgl.o. S.60, Fn.116. - Im Ergebnis rechnet auch das BAG das ersparte Gehalt auf den "hypothetischen" Schaden an. Das Interessante an dieser Anrechnung ist, daß damit auch das BAG im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf **E i n z e l** vor- und -nachteile abstellt (vgl. dazu auch o. 1 a, bb). Es stellt nämlich dem hypothetischen Schaden einmal den durch Abwendung des sonst entstehenden Schadens eingetretenen Vorteil gegenüber, der **n i c h t** angerechnet wird und zum anderen den durch Einsparung des Lohns eingetretenen Vorteil, der angerechnet wird. Damit wird der Begriff des Gesamtschadens der Differenztheorie, der von Gesamtvorteil und Gesamtnachteil ausgeht, eindeutig verlassen.

bbb) Verrichtung durch andere ArbN

Hier gilt ebenfalls das Gleiche wie bei Erledigung der Arbeit im Rahmen des § 254 II BGB, d.h. der nichterfüllende ArbN die Zuschläge, die der ArbG den verrichtenden ArbN zahlt, ersetzen. Der ersparte Lohn ist auch hier anzurechnen.

Zahlt der ArbG für die zusätzliche Arbeit Zuschläge nicht, so hat er insoweit auch keinen Schaden erlitten ¹⁶⁹⁾.

cc) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der ArbG bei freiwilliger Schadensabwendung **n i c h t** Ersatz des ohne sein Tätigwerden entstehenden "hypothetischen" Schadens verlangen kann. Er erhält jedoch Ersatz für die erbrachten Aufwendungen an Arbeitsleistung.

Der Satz, daß überobligationsmäßige Leistungen des Geschädigten dem Schädiger nicht "zugute kommen" dürften, trifft in seiner Allgemeinheit nicht zu. Er besagt vor allem nicht, daß ein Schaden durch eine Versagung der Vorteilsausgleichung begründet werden kann. Eine Nichtanrechnung von Vorteilen aus überobligationsmäßigen Handlungen des Geschädigten zur Schadensabwendung findet **n u r** im Hinblick auf bereits eingetretene Schäden statt. Ist ein Schaden überhaupt nicht erst entstanden, so kann der obige Satz nur so verstanden werden, daß der Geschädigte für seine überobligationsmäßigen Aufwendungen Ersatz auch dann verlangen können muß, wenn er statt Geldmitteln Arbeitsleistung aufgewendet hat.

169) Vgl. o. Fn.101; vgl. auch ArbG Stade, ARSt 1965, 144 Nr.203; dort wird ein Schadensersatzanspruch des ArbG gegen den ersatzpflichtigen ArbN insofern abgelehnt, als der ArbG Rückstände des betreffenden ArbN durch einen Buchhalter aufarbeiten ließ und diesen für die zusätzliche Arbeit nicht gesondert entlohnt hat.

e) Zusammenfassung

Hat der ArbG eine Ersatzkraft nicht eingestellt, so kann er keine fiktiven Ersatzkraftkosten verlangen, da die von Rechtsprechung und Wissenschaft hierzu entwickelten Grundsätze zur Nutzung einer Sache auf die Nutzung der Arbeitskraft **n i c h t** übertragbar sind. Bei Liegenbleiben der Arbeit verbleibt ihm in diesem Falle nur ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns. Der Schaden besteht dann nach Anrechnung des ersparten Lohns im entgangenen Unternehmergewinn.

Die Kosten einer vorsorglichen Schadensminderung können dem ArbG nicht ersetzt werden, da sie in seinen eigenen Einfluß- und Risikobereich fallen.

Wurde der Eintritt eines drohenden Schadens abgewendet oder dessen Höhe herabgemindert, kann der ArbG einen Ersatzenspruch nur geltend machen, wenn er den ArbN, die die liegengebliebene Arbeit zusätzlich neben ihrer eigenen verrichten, Zuschläge zahlt. Verrichtet der ArbG die Arbeit selbst, bekommt er den objektiven Wert seiner Arbeitsleistung ersetzt.

Der ArbG hat jedoch insofern **k e i n e n** Schaden erlitten, als bei Verrichtung durch andere ArbN Mehrkosten nicht aufgewendet wurden. Auch bei eigener Überobligationsmäßiger Verrichtung der Arbeit kann der ArbG nicht den im entgangenen Gewinn bestehenden "hypothetischen" Schaden ersetzt verlangen.

Wie sich gezeigt hat, kommt es dann, wenn ein Schaden gar nicht erst eingetreten oder nicht in voller Höhe eingetreten ist, im Ergebnis **n i c h t** darauf an, ob eine Verpflichtung zur Abwendung oder Minderung bestand oder nicht. In diesem Falle erübrigt sich somit die oft recht schwierige Frage nach der "Zumutbarkeit" der Abwendung oder Minderung¹⁷⁰⁾.

¹⁷⁰⁾ Vgl. auch Esser, § 48 III : da der Schaden in diesen Fällen stets effektiv verringert werde, umfasse die Ersatzpflicht des Geschädigten von vornherein nur den letztlich noch bestehenden Schaden; die Frage der Zumutbarkeit stelle sich dann überhaupt nicht.

III. Zeitliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs des ArbG

Besteht die Nichterfüllung in einer Unterbrechung des bereits in den Erfüllungszustand getretenen Arbeitsverhältnisses, so hat der ArbN Schadensersatz neturgemäß nur für den Zeitraum der Unterbrechung zu leisten.

Aber auch wenn der ArbN seinen Arbeitsplatz unberechtigterweise endgültig und für immer verläßt oder wenn er seine Stellung überhaupt nicht antritt, kann der Ersatzanspruch des ArbG nicht unbegrenzt sein.

1. Begrenzung des Ersatzanspruchs bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses

Die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB und auf Ersatz des Verzugs Schadens nach § 286 I BGB erfahren eine zeitliche Begrenzung dahin, daß der Schaden nur bis zu dem Zeitpunkt zu ersetzen ist, an dem das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß hätte beendet werden können ¹⁷¹⁾. Da diese Ansprüche neben den Anspruch auf Erfüllung bzw. an dessen Stelle treten, muß der Erfüllungsanspruch primär auch den zeitlichen Umfang des Ersatzanspruchs bestimmen ¹⁷²⁾.

Bei einem auf b e s t i m m t e Zeit abgeschlossenen Vertragsverhältnis kann ein Schadensersatzanspruch nur zur Herstellung derjenigen Vermögenslage führen, die bei ordnungsgemäßer Abwicklung des befristeten Vertrages gegeben wäre. Wurde das Arbeitsverhältnis dagegen auf eine u n - b e s t i m m t e Zeit abgeschlossen, ist das Erfüllungsinteresse dadurch in seinem zeitlichen Umfang begrenzt,

171) Also z.B. durch Fristablauf, Einhalten der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist, Ausscheiden aus Altersgründen. - Vgl. hierzu auch Hueck-Nipperdey, S.714 f.; Nikisch, S.854; Wolff, ArbuR 1968,262; Trinkner, BB 1966,1025; Frey, BB 1959,744; LAG Düsseldorf DB 1954,580; LAG Bremen DB 1953,55.

172) Vgl. Wolff, ArbuR 1968,262.

daß die geschuldete Leistung bei einem Dauerschuldverhältnis nicht in wiederkehrenden Leistungen von unbegrenzter Dauer besteht, sondern in wiederkehrenden Leistungen mit der Möglichkeit, sie zu k ü n d i g e n ¹⁷³⁾. Da die Kündigung ein Wesensmerkmal des Dauerschuldverhältnisses ist, kann auch die Möglichkeit ihrer Ausübung bei der Bestimmung des Erfüllungsinteresses nicht außer Acht gelassen werden ¹⁷⁴⁾.

Eine tatsächlich ausgesprochene ordentliche Kündigung seitens des ArbN begrenzt mit dem Ablauf der Kündigungsfrist den Erfüllungs- und damit den Schadenszeitraum auch dann, wenn sie schon vor dem unberechtigten Fernbleiben erfolgte. Ebenso läßt eine ausgesprochene und berechtigte fristlose Kündigung des ArbN schon von vornherein einen Schadensersatzanspruch des ArbG überhaupt nicht erst entstehen, da das Arbeitsverhältnis dann mit sofortiger Wirkung beendet wird ¹⁷⁵⁾.

War die ausgesprochene Kündigung aus irgendeinem Grunde unwirksam, ist sie nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen in eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin umzudeuten, da anzunehmen ist, daß der ArbN dies gewollt hätte ¹⁷⁶⁾. Auch in einem Vertragsbruch des ArbN wird man in der Regel eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin sehen können, da der ArbN damit zu erkennen gibt, daß er nicht länger am Vertrag festhalten will und da der ArbG dies auch erkennen wird ¹⁷⁷⁾.

¹⁷³⁾ So zutr. auch Wolff, aaO.

¹⁷⁴⁾ Vgl. Wolff, aaO.

¹⁷⁵⁾ Vgl. dazu bes. u. § 4 V, wo diese Problematik unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Rahmen der hypothetischen und alternativen Kausalität betrachtet wird.

¹⁷⁶⁾ Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 561; Nikisch, S. 748; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, Anm. 48; BAG NJW 1968, 221; Frey, BB 1959, 744.

¹⁷⁷⁾ AA Nikisch (S. 275 f., bes. Fn. 19), wonach hier schon die Erwägung genügen soll, daß der ArbG keine Ansprüche auf einen Vertrag stützen könne, den der ArbN offensichtlich nicht einhalten wolle und von dem er sich zu dem betreffenden Zeitpunkt hätte lösen können. Damit

Selbst wenn eine Kündigung im Einzelfall nicht ausgesprochen wurde, genügt nach dem oben Gesagten die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung, um den Schadenszeitraum mit Ablauf dieser (gedachten) Kündigungsfrist zu begrenzen.

2. Begrenzung des Ersatzanspruchs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch fristlose Kündigung seitens des ArbG

Der Schadensersatzanspruch des ArbG aus § 628 II BGB wird begrenzt durch den Zeitpunkt, an dem das Arbeitsverhältnis ohne fristlose Kündigung des ArbG ordnungsgemäß durch den ArbN hätte beendet werden können ¹⁷⁸⁾.

Das Interesse des ArbG kann hier nur dahin gehen, denjenigen Zustand wiederherzustellen, der ohne Aufhebung des Dienstverhältnisses bestehen würde. Damit muß der ArbN allenfalls die Vermögenslage herstellen, die bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Arbeitsverhältnisses bestünde, nicht aber diejenige, welche bei unbegrenzter Fortdauer gegeben wäre ¹⁷⁹⁾. Das ergibt sich im vorliegenden Fall aus der dem Arbeitsverhältnis innewohnenden Kündigungsmöglichkeit, die den Erfüllungszeitraum bestimmbar macht ¹⁸⁰⁾. Schließlich kann sich das Interesse des ArbG nur jeweils bis zur nächstmöglichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung des ArbN bestimmen; danach entsteht jedesmal die Ungewißheit, ob der ArbN von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen wird.

wird zwar erklärt, weshalb der ArbG nur bis zu diesem Zeitpunkt Ersatz verlangen kann, nicht jedoch, wann das Arbeitsverhältnis erlischt, wenn der ArbG seinerseits nicht kündigt.

Nach Wolff (aaO) kann ein Lossagen vom Vertrag zwar nicht zu diesem Zeitpunkt rechtswirksam erfolgen, doch soll darin wenigstens eine an sich unwirksame, in eine wirksame umzudeutende Kündigung des ArbN liegen.

178) Vgl. Würdinger, RGRK zum HGB, § 70, Anm.19; Baumbach-Duden, § 72, Anm.2 b; Palandt-Danckelmann, § 628, Anm.3.

179) So zutr. auch Wolff, aaO.

180) Vgl.o. 1.

Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung durch den ArbN kann hier schon deshalb nicht verlangt werden, weil durch die fristlose Kündigung des ArbG das ordentliche Kündigungsrecht des ArbN eliminiert wird und somit ins Leere ginge¹⁸¹⁾. Hat allerdings der ArbN schon vor der fristlosen Kündigung des ArbG seinerseits ordentlich gekündigt, verkürzt sich der Schadenszeitraum entsprechend.

3. Zusammenfassung

Eine ausgesprochene ordentliche oder außerordentliche Kündigung begrenzt den Schadenszeitraum dadurch, daß auch der Erfüllungszeitraum begrenzt wird. Aber auch wenn eine Kündigung nicht ausgesprochen wurde, genügt bereits die dem Arbeitsverhältnis innewohnende Kündigungsmöglichkeit, um den Schadenszeitraum bestimmbar zu machen. Dies gilt sowohl für die Ansprüche aus §§ 325, 326, 286 I BGB als auch für den Anspruch aus § 628 II BGB.

Eine zeitliche Begrenzung ist naturgemäß nur bei solchen Ansprüchen von Bedeutung, die über einen gewissen Zeitraum hinweg zu ersetzen sind, zum Beispiel entgangener Gewinn, Überstundenzuschläge, Produktionsausfälle, Mehrlohn der Ersatzkraft. Mit der Entstehung bereits abgeschlossene Schäden, beispielsweise die Kosten einer Zeitungsannonce oder Konventionalstrafen des ArbG an Dritte wegen Lieferverzögerungen infolge der Nichterfüllung, sind unabhängig von einem Schadenszeitraum zu ersetzen¹⁸²⁾. Beurteilungszeitpunkt ist in diesen Fällen - wie allgemein - der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz¹⁸³⁾.

181) So zutr. Wolff, aaO; vgl. auch o.S.23.

182) Infolge der zeitlichen Verschiebung zwischen Nichterfüllung und Eintritt dieser Schäden ist hier oft die Frage der Ursächlichkeit der Nichterfüllung problematisch - vgl. dazu u. § 4.

183) Vgl. BGHZ 5, 142; läßt sich der Umfang des Schadens bei Klageerhebung nicht absehen, kann der ArbG auch auf Feststellung klagen, daß der ArbN den ihm in Zukunft noch entstehenden Schaden zu ersetzen verpflichtet sei - vgl. ArbG Wilhelmshaven, BB 1962, 180; Frey, BB 1959, 744.

IV. Schadensersatz und arbeitsrechtliches Schutzprinzip

1. Die Bedeutung des Schutzprinzips beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht

Es ist heute weitgehend anerkannt, daß das gesamte Arbeitsrecht vom arbeitsrechtlichen Schutzprinzip¹⁸⁴⁾ beherrscht wird. Dieses Schutzprinzip, das dem besonderen Schutzbedürfnis der abhängigen Lohnarbeiter in früheren Zeiten entspringt¹⁸⁵⁾, hat bis heute seine Bedeutung behalten. Hieran kann die vor allem in neuester Zeit erfolgte soziale Besserstellung der Arbeitnehmerschaft - man denke an die grundgesetzlich garantierte Koalitionsfreiheit und den Ausbau der Mitbestimmung in den Betrieben - nichts ändern. Auch die in Zeiten einer verstärkten Nachfrage nach Arbeitskräften bestehende "Waffengleichheit" im Arbeitsverhältnis läßt den Schutzgedanken nicht entfallen, denn letzterer kann weder nach Art noch nach Umfang mit einer wirtschaftlichen Unterlegenheit des ArbN a l l e i n ausreichend erklärt werden¹⁸⁶⁾.

Der Grund für das Schutzbedürfnis der ArbN ist vielmehr die p e r s ö n l i c h e Abhängigkeit¹⁸⁷⁾. Der ArbN ist nicht nur zu einer Sach- oder Vermögensleistung, sondern zu persönlicher Arbeitsleistung im Dienste des ArbG verpflichtet. Regelmäßig trifft dann mit der persönlichen auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit zusammen. Im allgemeinen wird nämlich nur derjenige seine Arbeitskraft in den Dienst eines anderen stellen, der zur Erlangung seines Lebensunterhalts darauf angewiesen ist. Damit steht der in der Regel mittellose, zur Verwertung seiner Arbeitskraft gezwungene ArbN dem im Besitz der Produktionsmittel befindlichen ArbG gegenüber.

184) Vom s o z i a l r e c h t l i c h e n Schutzprinzip sprechen: Dersch, RdA 1949, 325; Kaskel-Dersch, S. 1; Herschel, RdA 1964, 7.

185) Vgl. die ausführliche Darstellung bei Hueck-Nipperdey, S. 6 ff.

186) Vgl. Wiedemann, S. 12.

187) So schon Hueck-Nipperdey (1928), S. 25; S. 37.

Somit erfüllt der Arbeitsvertrag auch in heutiger Zeit nicht nur die Funktion eines beliebigen Leistungsaustausches, sondern er bildet vielmehr die Existenzgrundlage einer Partei, nämlich des ArbN¹⁸⁸⁾.

Seinen eigentlichen Wirkungskreis findet das arbeitsrechtliche Schutzprinzip auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzrechts. Dort dient es dem Richter dazu, bei der Auslegung und Lückenfüllung den Gesetzeszweck zu verwirklichen¹⁸⁹⁾. Der Schutzzweck ist jedoch auch als Wertidee, als general-klauselartiges Leitbild der gesamten Arbeitsordnung anzusehen¹⁹⁰⁾ und muß somit auch im Schadensersatzrecht Beachtung finden.

Dies erscheint unbedenklich, solange das Arbeitsverhältnis trotz der Nichterfüllung des ArbN weiterbesteht. Wie aber verhält es sich, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird und damit auch die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des ArbN scheinbar endet? Kann das Schutzprinzip in diesem Falle Wirkungen auch im Hinblick auf solche Tatbestände entfalten, die an eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses anknüpfen, beispielsweise auf den Schadensersatzanspruch aus § 628 II BGB?

Diese Frage ist zu bejahen. Da dem ArbG, wenn er seine Schadensersatzforderung geltend macht, der ArbN stets als

188) Vgl. auch Wiedemann, S. 15, der auf einen weiteren Gesichtspunkt hinweist: da der ArbN mit seinem Eintritt in den Betrieb auf den Werdegang eines selbstständig wirtschaftlich Tätigen verzichte, begeben er sich damit für die Dauer des Arbeitsverhältnisses und damit praktisch für sein ganzes Leben der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit und der darin beschlossenen Gewinnchancen; er höre auf, sein "eigener Herr" zu sein.

189) Vgl. Wiedemann, S. 48.

190) Vgl. Nikisch, S. 30; Hueck-Nipperdey, S. 26; Wiedemann, S. 48; weitergehend Dersch in Festschrift f. W. Herschel, S. 71: das sozialrechtliche Schutzprinzip trage den "Charakter einer objektiven Rechtsnorm", die zwar nicht besonders als generelle Rechtsnorm für das Arbeitsrecht ausgesprochen sei, aber "soziologisch dem Arbeitsrecht immanent" sei.

e i n z e l n e r gegenübersteht, macht sich trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses die wirtschaftliche Überlegenheit des ArbG deutlich bemerkbar.

Hinzu kommt, daß der ArbN schon bei Abschluß des Arbeitsvertrages nicht völlig frei entscheiden konnte, da er zur Erlangung des notwendigen Lebensunterhalts auf die Leistung abhängiger Arbeit für den ArbG angewiesen ist; insofern kann von einem "sozialen Kontrahierungszwang" gesprochen werden. Auch der Gedanke, daß sich der ArbN mit Eintritt in die Dienste des ArbG der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit begeben hat ¹⁹¹⁾, spielt bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rolle.

Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip verliert seine Bedeutung für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht also auch nicht durch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

2. Schutzprinzip und Sanktionsfunktion

Im Folgenden sollen die bisher gewonnenen Ergebnisse auf ihre Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip betrachtet werden. Dabei ist vor allem auf das Verhältnis zwischen Schutzprinzip und im Schadensersatzrecht immer wieder anklingenden Sanktionsprinzip einzugehen.

a) Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß beim Schadensersatzanspruch des ArbG gegen den ArbN wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht dem Schadensbegriff der Differenztheorie der Vorzug zu geben ist. Der Ersatz eines objektiven oder Bedarfsschadens bei Nichteinstellung einer Ersatzkraft war ebenso abzulehnen wie der Ersatz eines normativen oder hypothetischen Schadens bei "überobligationsmäßiger" Verrichtung der Arbeit durch den ArbG.

Ein anderes Ergebnis ließe sich hier nur dann halten, wenn man dem Schadensersatzrecht neben einer Ausgleichs- auch

¹⁹¹⁾ Vgl.o.Fn.188.

eine Sanktionsfunktion zuerkennen wollte.

Diese Anschauung stößt schon im Zivilrecht auf erheblichen Widerspruch, wobei betont wird, daß dem Bedürfnis nach einer poenalen Reaktion auf das Unrecht grundsätzlich *a l l e i n* im Strafrecht und nur mit Mitteln des Strafrechts zu entsprechen sei, während dem Deliktsrecht die Aufgabe zufalle, frei von poenalen Erwägungen den Schadens *a u s g l e i c h* im individuellen Verhältnis des Verletzten zum Täter zu bewirken ¹⁹²⁾.

Dies muß im Einzelarbeitsvertragsrecht umso mehr gelten. Arbeitsrechtliches Schutzprinzip und Sanktionsprinzip schließen sich hier gegenseitig aus. Neben dem Ersatz des tatsächlich eingetretenen, sich in einer Vermögensdifferenz bemerkbar machenden Schadens des ArbG kommt eine Bestrafung des ArbN für seine Nichterfüllung ebensowenig in Betracht wie eine Abschreckung der übrigen ArbN im Betrieb.

Auch die Aufrechterhaltung von Ordnung und Disziplin im Betrieb - diese ist vor allem bei Nichteinhaltung der täglichen Arbeitszeit gefährdet - ist nicht die vorwiegende Aufgabe des Schadensersatzrechts ¹⁹³⁾. Die Mittel, um Nachlässigkeiten der Belegschaft vorzubeugen, sind vorrangig in den besonderen Handhaben des Arbeitsrechts, vor allem in disziplinarischen Maßnahmen wie Verwarnung, Verweis, Gehaltskürzungen oder Geldbußen, zu suchen ¹⁹⁴⁾.

Steht der poenale Charakter des Schadensersatzrechts im Arbeitsrecht zur Diskussion, so kommt man nicht umhin, zu der

192) Auch die meisten anderen Rechtsordnungen behandeln Schadensersatz und Strafe als *s e l b s t s t ä n d i g e* Unrechtsfolgen, die dogmatisch und funktionell voneinander getrennt werden - vgl. Stoll, Festschrift f.M. Rheinstein II, S. 569.

193) So zutr. auch Rother, S. 274. - Dieser "Disziplinierungs"-gedanke ist bei der Nichterfüllung, die sich in der Praxis ohnehin oft als Vertragsbruch darstellen wird, nicht so bedeutsam wie bei der Schlechterfüllung, die das Arbeitsverhältnis regelmäßig weiterbestehen lassen wird.

194) So auch Rother, S. 274 für die schadensgeneigte Arbeit; vgl. dazu auch u. § 9.

vielbesetzten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein ¹⁹⁵⁾ Stellung zu nehmen. Obgleich diese Entscheidung eigentlich den Problembereich der Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen betrifft ¹⁹⁶⁾, soll sie schon hier unter dem Blickwinkel des Sanktionsprinzips betrachtet werden. Das BAG führt in der betreffenden Entscheidung unter anderem aus :

"Wenn dagegen in Rede steht, ob derjenige, der selbst einen realen Haftungstatbestand gesetzt hat, sich auf darauf berufen kann, daß er u.U. den Schaden auch legal und dann ohne Ersatzpflicht hätte verursachen können, muß jedenfalls bei Vertragsverletzungen im Interesse der Vertragstreue, die ein oberster Grundsatz unserer Rechtsordnung ist, das Prinzip der zivilrechtlichen Prävention (Schutzfunktion, Sanktionsfunktion) den Vorrang haben. Andere sprechen mit Recht vom Verantwortungsgedanken, vom Verhütungszweck."

Begründet wird diese Feststellung einmal damit, daß der Gesetzgeber dem Verschulden im haftungsbegründenden Tatbestand entscheidende Bedeutung beigemessen habe und zum anderen damit, daß die Schädigungshandlung andernfalls sanktionslos bleibe.

Nun kann zwar der Gedanke der Prävention neben dem Gedanken, daß jeder für die Folgen seines eigenen Tuns einzustehen hat, für die Begründung der Ersatzpflicht eine gewisse Rolle spielen. Bei der Ausgestaltung der Ersatzpflicht muß er jedoch völlig hinter dem Ausgleichsprinzip zurücktreten ¹⁹⁷⁾. Eine Sanktion läßt sich im letzteren Fall nur durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe erreichen. Dem gesetzlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kommt der Charakter einer solchen Vertragsstrafe nicht zu ¹⁹⁸⁾.

Daß die Schädigungshandlung andernfalls sanktionslos bliebe, kann nicht dazu führen, eine solche Sanktion bei Vertrags-

195) BAGE 6,321 (376 ff.); vgl. auch die Anm. von Larenz, NJW 1959,865; Dietz, JZ 1959,431; Niederländer, JZ 1959,617; Bulla, DB 1959,571; Molitor, SAE 1959,61.

196) Vgl. dazu u. § 4 II

197) So überzeugend Larenz, aaO.

198) So auch Larenz, aaO.

verletzungen um jeden Preis einzuführen. Sinn und Zweck der straf- und zivilgesetzlichen Regelung sprechen eher dafür, daß Vertragsverletzungen sanktionslos zu bleiben haben. Während nämlich den Schädiger, der eine unerlaubte Handlung begeht, neben der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht regelmäßig auch eine staatliche Strafe trifft, ist für die typischen Vertragsverletzungen eine solche strafgesetzliche Sanktion nicht vorgesehen¹⁹⁹⁾. Läßt sich ein Vorrang des Sanktionsprinzips bei unerlaubten Handlungen noch aus der Zweigleisigkeit der Rechtsverfolgung und sich daraus ergebenden Abgrenzungsschwierigkeiten herleiten, so schließt die Eingleisigkeit bei Vertragsverletzungen eine zivilrechtliche Sanktion schon von vornherein aus. Möglich ist hier allein die Vereinbarung einer privaten Vertragsstrafe.

Eine solche Vertragsstrafe - und darauf läuft die Anerkennung des Sanktionsprinzips bei Vertragsverletzungen letztlich hinaus - dem Schuldner in jedem Falle aufzuzwingen, kann nicht Aufgabe des Schadensersatzrechts sein.

Ein anderer Schadensbegriff als der der Differenztheorie ließe sich somit mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip nicht vereinbaren.

b) Die Untersuchung des Anwendungsbereichs der Vorteilsausgleichung hat ergeben, daß Vorteile, die dem geschädigten ArbG aus dem Schadensereignis erwachsen und die zu dem eingetretenen Nachteil in einem notwendigen inneren Zusammenhang stehen, grundsätzlich auf den entstandenen Schaden anzurechnen sind. Dieses Ergebnis folgte aus den besonderen Gegebenheiten des Arbeitsverhältnisses, insbesondere auch aus dem engen Zusammenhang zwischen den aus der Nichterfüllung entstandenen Vorteilen und dem entgangenen Gewinn. Es stimmt mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip voll über-

199) Typische Vertragsverletzungen sind solche ohne Schädigungs- und Bereicherungsabsicht, also solche, die nicht zugleich auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen.

ein. Die im Zivilrecht herrschende Auffassung, daß Vorteile grundsätzlich *n i c h t* zu berücksichtigen seien und eine Anrechnung im Einzelfall zu begründen sei, geht letztlich davon aus, daß diese Vorteile dem Schädiger nicht "zugute kommen" dürften. Diesem Argument liegt jedoch keine Rücksichtnahme auf den Geschädigten zugrunde, sondern vielmehr die Erwägung, daß der Schädiger für seine Handlung voll einzustehen habe ²⁰⁰⁾. Damit wird aber auf den Strafzweck des Schadensersatzrechts abgestellt.

Ein von poenaler Absicht befreiter Schadensausgleich hat im übrigen von der Tatsache eines Schadens auszugehen. Nur soweit ein solcher tatsächlich vorliegt, ist eine Ersatzpflicht überhaupt zu erörtern ²⁰¹⁾. Eine Heranziehung des Instituts der Vorteilsausgleichung dergestalt, daß durch Ablehnung der Vorteilsausgleichung im Einzelfall ein "hypothetischer" Schaden vorhanden sein soll, liefe jedoch ebenfalls auf eine Sanktion gegen den ArbN hinaus.

cc) Bei der Festlegung des Schadenszeitraums kann ein anderes Ergebnis - etwa eine zeitlich unbegrenzte Haftung - nur mit dem Vorrang einer Sanktion gegen den ArbN begründet werden.

Mit dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist muß daher der Ersatzanspruch des ArbG grundsätzlich begrenzt sein.

200) So zutr. Rother, S.243 ff.

201) Vgl. Rother, S.245.

V. Ergebnis

Die Untersuchung der Arten der Ersatzleistung hat ergeben, daß beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht dem Institut der Naturalrestitution keine praktische Bedeutung zukommt.

Bei Unmöglichkeit der Leistung ergibt sich ein Ausschluß der Herstellung in Natur durch **N a c h l e i s t u n g** bereits aus dem Sinn der gesetzlichen Regelung der Unmöglichkeit; bei Verzug des ArbN ist die Nachleistung in Wirklichkeit eine Nachholung der Erfüllung. Die einzige rechtlich mögliche Art der Naturalherstellung- die Stellung einer Ersatzkraft durch den ArbN - ist in der Praxis völlig unüblich.

Da die Vorschrift des § 249 S.2 BGB auf Vertragsverletzungen nicht anwendbar ist, kann der ArbG nicht statt einer Herstellung den "dafür erforderlichen Betrag" verlangen, ohne daß er verpflichtet wäre, auch wirklich herzustellen. Diesen Betrag erhält er jedoch im Ergebnis über § 250 S.2 BGB. Die Folge davon ist, daß die zur Einstellung einer Ersatzkraft erforderlichen Kosten unabhängig davon zu ersetzen sind, wie hoch der ohne Einstellung entstehende Schaden wäre. Dies gilt jedoch nur bei tatsächlich erfolgter Einstellung.

Bei der Schadensberechnung ergeben sich durch den Einfluß des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips zum Teil grundlegende Unterschiede zum Zivilrecht.

Diese beruhen in erster Linie auf der völligen Verbannung des Sanktionsprinzips aus dem Schadensersatzrecht im Bereich des Einzelarbeitsvertragsrechts. Die Folge dieser klaren Trennung von Ausgleichs- und Sanktionsfunktion ist einmal, daß nur tatsächlich eingetretene Schäden ersetzt werden können, nicht jedoch zum Beispiel hypothetische, wie ein entgangener Gewinn trotz Verrichtung der liegengeliebenen Arbeit und gleichbleibendem Umsatz des ArbG. Zum anderen ist der Begriff des Vermögensschadens eng zu fassen. Ein objektiver Schadensbegriff hat im Arbeitsrecht

ebensowenig eine Berechtigung wie ein normativer Schadensbegriff. Aus diesem Grunde kommt weder ein Ersatz der Kosten für eine Ersatzkraft ohne Einstellung einer solchen in Betracht noch kann ein Schaden des ArbG dadurch begründet werden, daß bestimmte Vorteile dem ArbN nicht "zugute kommen" dürften.

Der Arbeitskraft kann - solange sie ungenutzt ist und nicht aus ihrer personellen Sphäre herausgetreten ist - ein Vermögenswert nicht zukommen. Das gleiche trifft damit auf die Forderung des ArbG gegen den ArbN auf Leistung von Arbeit zu.

Auch bei der Begrenzung des Schadenszeitraums ist die reine Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts zu beachten.

Für das Gebiet der Vorteilsausgleichung ergibt sich aus der Verbannung des Sanktionsgedankens, daß Vorteile, die der ArbG infolge des schädigenden Ereignisses **erlangt** hat, grundsätzlich dann auf den entstandenen Schaden anzurechnen sind, wenn zwischen Vor- und Nachteil ein unlösbarer innerer Zusammenhang besteht. Diese Betrachtungsweise führt im Ergebnis stets zu einer Anrechnung der "Gewinnerzielungskosten" auf den entgangenen Gewinn und nur auf diesen.

Wie sich weiter gezeigt hat, besteht zwischen einer pflichtgemäßen und einer freiwilligen, "überobligationsmäßigen" Verrichtung der liegengebliebenen Arbeit im Ergebnis kein Unterschied. Zu ersetzen sind stets die Aufwendungen, die der ArbG zwecks Schadensminderung oder -abwendung erbringt. Das ist bei Verrichtung durch andere ArbN der an diese gezahlte zusätzliche Lohn, bei Verrichtung durch den ArbG in eigener Person der objektive Wert seiner Arbeitsleistung.

§ 4. Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüllung und
Schadenseintritt

Hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen haftungsbe-
gründendem Ereignis und Schadenseintritt müssen auch im
Arbeitsrecht die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze
der Adäquanz und der Zurechenbarkeit des Kausalzusammen-
hangs gelten. Es dürfen überhaupt nur solche Folgen der
schädigenden Handlung bei der Schadensberechnung berück-
sichtigt werden, die "nicht ganz außerhalb dessen liegen,
womit nach der Lebenserfahrung als möglicher Folge eines
derartigen Ereignisses gerechnet werden kann" ¹⁾.

Besondere Probleme tauchen im Kausalbereich dann auf, wenn
neben dem haftungsbegründenden Ereignis ein weiteres Ereig-
nis eintritt, welches den gleichen Schaden verursacht hätte,
wenn dieser nicht schon durch das erste verursacht worden
wäre oder wenn das zweite Ereignis neben dem ersten für
den entstandenen Schaden real ursächlich ist. In beiden
Fällen geht es darum, ob die "Reserveursache" oder die
"Nebenursache" geeignet sind, die Haftung des Schädigers
nachträglich oder von vornherein auszuschließen ²⁾.

Diese Problematik ist im Zivilrecht äußerst umstritten.
Während zum Problemkreis der hypothetischen Kausalität be-
reits umfangreiche Untersuchungen angestellt wurden ³⁾, ist
die Rechtsfigur der "alternativen" Kausalität ⁴⁾ bisher kaum

1) Vgl. Larenz I, S.316.

2) Die Fragestellung, ob weitere Ursachen "zu berücksichtigen" seien, ist jedenfalls bei der alternativen Kausalität ungenau, denn eine Antwort auf diese Frage besagt noch nichts darüber, wie sich die Haftung letztlich gestaltet. Vgl. dazu u. III.

3) Vgl. z.B. v.Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität; Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität; Lange, AcP 152,153; Larenz, VersR 1963,1; Niederländer, AcP 153,41; Rother, Haftungsbeschränkung, S.197.

4) Von "konkurrierender" Kausalität sprechen v.Caemmerer, aaO; Brecher, AP Nr.2 zu § 628 BGB; wie hier auch Niederländer, JZ 1959,617; Rother, NJW 1965,178. Zur Definition der alternativen Kausalität und zur Abgrenzung derselben von der kumulativen Kausalität vgl. u. S.94 Fn.12.

oder nur am Rande erörtert worden ⁵⁾. Früher ordnete man hierunter nur die lediglich theoretisch bedeutsamen Beispiele ein, in denen zwei Täter zugleich und unabhängig voneinander einen Schaden herbeiführen, indem sie zum Beispiel zur gleichen Zeit auf jemanden einen Schuß abgeben. Infolge des ständig ansteigenden Straßenverkehrs und der ständig zunehmenden Zahl von Verkehrsunfällen gewinnt die Rechtsfigur der alternativen Kausalität heute in der Praxis immer mehr an Bedeutung ⁶⁾. Auch das Problem der kumulativen Kausalität - hier führt erst die Häufung beider Taten Teile zum Erfolg - hat im Zivilrecht in neuerer Zeit durch die vermehrt auftretenden Immissionen an praktischer Bedeutung gewonnen ⁷⁾.

Im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht wurden die Rechtsfiguren der hypothetischen und der alternativen Kausalität durch zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts der wissenschaftlichen Diskussion zugeführt ⁸⁾. Das Bemerkenswerte an diesen Entscheidungen und den Anmerkungen dazu ⁹⁾ ist, daß sie die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze heranziehen, ohne auch nur die Frage zu stellen, ob eine uneingeschränkte Übernahme dieser Grundsätze ins Arbeitsrecht den dort bestehenden besonderen Gegebenheiten gerecht wird.

Daß diese Frage im Hinblick auf den das ganze Arbeitsrecht beherrschenden Grundsatz des Arbeitnehmerschutzes ¹⁰⁾ keineswegs überflüssig ist, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

5) Vgl.z.B. Gernhuber, JZ 1961,148; Rother, NJW 1965,177.

6) Vgl.Rother, aaO und die dort angeführten Beispiele.

7) Vgl.dazu Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionschutz nach § 906 BGB.

8) Vgl.BAGE 6,321 (376 ff.) zum Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein sowie BAGE 13,234: ein ArbN kündigte unberechtigt fristlos und erschien am nächsten Tag nicht mehr an seiner Arbeitsstelle; zu diesem Zeitpunkt war er auch arbeitsunfähig krank; gegenüber dem Ersatzanspruch des ArbG beruft er sich darauf, daß dem ArbG ein Gewinn in jedem Falle entgangen wäre.

9) Vgl.o.S.86, Fn.195 sowie Lorenz, SAK 1963,60; Brecher, Anm.zu BAG AP Nr.2 zu § 628 BGB.

10) Vgl.dazu o. § 3 IV.

Vorwegzunehmen ist noch, daß die bei Vorliegen nur einer einzigen Ursache zur Klärung der rein logischen Verursachung durchaus brauchbare *conditio-sine-qua-non* - Formel bei Vorliegen mehrerer Ursachen versagt. Sie gibt hier weder für die Abgrenzung der verschiedenen Kausalitätsfiguren noch für die Lösung der Probleme selbst etwas her.

Bei der hypothetischen und alternativen Kausalität kann jeder der beiden Umstände hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg entfällt; bei der kumulativen Kausalität entfällt der Erfolg sowohl bei Hinwegdenken des einen als auch des anderen Tatanteils. Man gelangte also im ersten Fall zu einem Schaden ohne Ursache, im zweiten beidemale zu einer selbstständigen Ursache, obwohl der Schaden gerade erst durch das Zusammenwirken entsteht ¹¹⁾.

Im Folgenden soll zunächst die hypothetische von der alternativen Kausalität im Hinblick auf den jeweiligen Kausalanteil abgegrenzt werden. Sodann wird in den einzelnen Abschnitten auf die verschiedenen Kausalitätsfiguren näher eingegangen, wobei der Haftungsanteil im Vordergrund stehen soll. Schließlich ist auch der Einfluß einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung seitens des ArbN auf den Schadensersatzanspruch des ArbG zu untersuchen.

I. Abgrenzung der hypothetischen von der alternativen und kumulativen Kausalität

Von hypothetischer Kausalität spricht man, wenn ein Ereignis einen Schaden herbeigeführt hat, dieser Schaden aber auch durch einen anderen Umstand ("Reserveursache") verursacht worden wäre. Dabei sind zwei Fälle denkbar:

(1) Das zweite Ereignis ist wirklich eingetreten, hat aber infolge des ersten Ereignisses den Schaden nicht mehr real verursachen können (Beispiel: der ArbG gibt wegen Vertrags-

11) Vgl. auch Rother NJW 1965, 177.

bruchs des ArbN eine Zeitungsannonce auf; eine nach dem Vertragsbruch eingetretene dauernde Arbeitsunfähigkeit des ArbN hätte den gleichen Schaden herbeigeführt).

(2) Das zweite Ereignis ist infolge des ersten überhaupt nicht zur Entstehung gekommen, wäre aber eingetreten, wenn das erste nicht vorher stattgefunden hätte (Beispiel: der durch Vertragsbruch ausgeschiedene ArbN wäre später infolge ordentlicher Kündigung ebenfalls ausgeschieden).

Von a l t e r n a t i v e r Kausalität soll im Folgenden dann gesprochen werden, wenn zwei selbstständige, nebeneinander bestehende und voneinander unabhängige Ursachen vorliegen, die gleichzeitig auftreten und von denen jede einzelne imstande ist, den Schaden auch für sich allein herbeizuführen (vgl. dazu die Beispiele u. III).

Unter k u m u l a t i v e r Kausalität sollen die Fälle begriffen werden, in denen erst ein Zusammenwirken beider Ursachen zum Erfolg geführt hat (vgl. das Beispiel u. S.120) ¹²⁾.

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen hypothetischer und alternativer Kausalität tauchen dann auf, wenn das zweite Ereignis zwischen haftungsbegründendem Ereignis und

12) Die Verwendung der Begriffe "alternativ" und "kumulativ" ist in der Literatur nicht einheitlich. So spricht z.B. Bydlinski (aaO S.2; ähnl. auch Enneccerus-Lehmann, S.72) von alternativer Kausalität nur dann, wenn entweder der eine o d e r der andere Umstand ursächlich war (Fall des § 830 I S.2 BGB); waren beide ursächlich, spricht er von kumulativer Kausalität. Die Fälle, in denen erst ein Zusammenwirken beider Ursachen zum Erfolg geführt hat, bezeichnet er als Fälle "minimaler" Kausalität. - Dem lateinischen Wortsinn dürfte die hier getroffene Abgrenzung - "alternativ" = eine der beiden Ursachen hätte den Erfolg (jeweils allein) bewirkt; "kumulativ" = erst die Häufung beider Tatanteile führt zum Erfolg - am besten entsprechen (So auch Staudinger-Werner, Vorbem.38 vor § 249; Rother, NJW 1965, 178). Dabei trafe eine Ableitung von "uterque" (=jeder von beiden) die Fälle der alternativen Kausalität noch genauer, worauf Rother, aaO zutr. hinweist.
Die hier getroffene Abgrenzung rechtfertigt sich auch aus der Natur der Sache : sind beide Umstände in der Lage, den Erfolg allein herbeizuführen, so kann es bei der rechtlichen Betrachtung keinen grundlegenden Unterschied machen, ob beide wirklich ursächlich waren oder ob sich die Ursächlichkeit des einen aus dem Gedanken des § 830 I S.2 BGB ergibt. Vgl. auch u.S.99 (vor b).

Schadenseintritt liegt (Beispiel: der ArbN erscheint ab 5. des Monats nicht mehr an seinem Arbeitsplatz, nachdem er unberechtigt fristlos gekündigt hat; am 10. wird er infolge eines Unfalls dauernd arbeitsunfähig; am 15. gibt der ArbG eine Annonce zur Suche einer Ersatzkraft auf). War in diesem Falle für den Eintritt des Schadens das zweite Ereignis nur hypothetisch kausal, waren beide Ereignisse gleichermaßen oder war nur das zweite kausal ?

Diese Problematik taucht im Zivilrecht ähnlich nur beim entgangenen Gewinn und bei denjenigen positiven Schäden auf, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken ¹³⁾. Im Hinblick auf den Wert einer zerstörten Sache bleibt dagegen - da haftungsbegründendes Ereignis und Schadenseintritt regelmäßig zusammenfallen - kein Raum für das Wirksamwerden einer zweiten Ursache v o r Schadenseintritt ¹⁴⁾. Die Natur der Nichterfüllung der Arbeitspflicht als Vertragsverletzung und das daraus folgende regelmäßige Auseinanderfallen von Schädigungshandlung und Eintritt des positiven Schadens (z.B. der Annoncenkosten, der Mehrkosten der Ersatzkraft) ermöglicht es, daß während dieses Zeitraums weitere Ursachen wirksam werden können. Diese Tatsache gibt Gelegenheit, die bisher durchweg an Sach- und Personenschäden erprobten Kausalitätskriterien auf Besonderheiten bei den Vertragsverletzungen zu untersuchen.

1. Der Einwand der fehlenden Kausalität der Nichterfüllung

In dem oben angeführten Beispiel besteht die Gefahr, die Kausalität des haftungsbegründenden Ereignisses überhaupt zu leugnen und nur das zweite Ereignis als ursächlich anzu-

13) Insbesondere bei Personenschäden bezüglich der Erwerbsminderung oder der Pflegekosten.

14) Vgl. auch Niederländer, AcP 153, 43, der zutr. bemerkt, daß hypothetische Ursachen in diesem Falle nur dann möglich sind, wenn durch das schädigende Ereignis der Gefahrenbereich der Sache verändert wird (Beispiel: die Garage brennt ab, bevor der entwendete Wagen zerstört wird).

sehen ¹⁵⁾. Das Vorbringen des auf Schadensersatz verklagten ArbN wird in diesem Falle beispielsweise lauten, daß dem ArbG "ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei" ¹⁶⁾.

Bei diesem Vorbringen wird überschhen, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen einem bestimmten Ereignis und dem eingetretenen Erfolg durch ein nachträgliches, wirkliches oder verhindertes Ereignis n i c h t wieder aufgehoben werden kann ¹⁷⁾.

Das zweite Ereignis kann dann also nicht allein, sondern nur neben dem ersten oder hypothetisch kausal sein.

2. Der Einwand der alternativen Kausalität

Eng verwandt mit dem Einwand der fehlenden ist der Einwand der alternativen Kausalität. Der ArbN wird in dieser Hinsicht etwa vorbringen, daß neben der Nichterfüllung das zweite Ereignis in gleicher Weise ursächlich sei und seine Ersatzpflicht aus diesem Grunde entfalle ¹⁸⁾.

Ob dieses zweite Ereignis als alternative (Neben-)Ursache oder als hypothetische (Reserve-)Ursache anzusehen ist, hängt davon ab, in welchem Zeitpunkt man mit der Kausalbetrachtung ansetzt. Nur wenn man den Zeitpunkt des Eintritts

15) So aber Kurtze, JR 1956,201: die Kausalität des Geschehens f e h l e , wenn das schädigende Ereignis, das auch ohne haftungsbegründendes Ereignis eingetreten wäre, tatsächlich eingetreten sei.

16) Vgl.z.B. BAGE 11,175; 13,234; vgl.auch den Einwand der Gewerkschaften im Schadensersatzprozeß anlässlich des Metallarbeiterstreiks in Schleswig-Holstein (BAGE 6,321): der Schaden sei nicht durch die rechtswidrig begonnenen Kampfmaßnahmen, sondern nur durch den nach fünf Tagen möglichen rechtmäßigen Streik entstanden. - Vgl.dagegen BAGE 16,214 : der ArbG suchte laufend Bürokräften und inserierte deshalb in regelmäßigen Abständen; in diesem Falle mangelt es schon von v o r n h e r e i n an der Kausalität der Nichterfüllung.

17) Ähnlich schon RGZ 141,365; 144,80; vgl.auch Niederländer, AcP 153,43.

18) Oft werden beide Einwände nebeneinander vorgebracht; vgl. BAGE 11,175; 13,234; ähnl.auch BAGE 6,321.

des Schadens als maßgeblich ansieht ¹⁹⁾, gelangt man in diesen Fällen zu alternativer Kausalität.

Es zeigt sich, daß bei der Abgrenzung der beiden Kausalitätsfiguren zwischen positivem Schaden ^{19a)} und entgangenem Gewinn zu unterscheiden ist.

Wird durch das haftungsbegründende Ereignis die schließlich zum positiven Schaden führende Kausalkette in Gang gesetzt, so kann ein nachfolgendes Ereignis den gleichen Schaden nicht mehr real verursachen, Dieser beruht n u r auf dem ersten Umstand; der zweite hätte ihn bei Nichteintritt des ersten verursacht, ist also hypothetische Ursache. Ein Abstellen auf den S c h a d e n s eintritt würde eine Vermengung der Kausalitätsfrage mit der Haftungsfrage bedeuten. Ob das zweite, vor Schadenseintritt auftretende Ereignis Reserveursache oder Nebenursache ist, entscheidet sich allein im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung; ob es hinsichtlich des Schadensersatzes letztlich zu berücksichtigen ist, entscheidet sich hingegen erst im Rahmen der nachfolgenden Frage der Schadenszurechnung.

Etwas anderes gilt mitunter beim entgangenen Gewinn, denn hier kann von einer "Verursachung" im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden ²⁰⁾. Es ist nicht zu fragen, ob das haftungsbegründende Ereignis den Entgang des betreffenden Gewinns "verursacht" hat; die Frage muß vielmehr lauten, ob der Geschädigte den in Rede stehenden Gewinn auch dann gemacht hätte, falls die haftungsbegründende Tatsache nicht eingetreten wäre ²¹⁾.

Der Unterschied zum positiven Schaden besteht sonach darin, daß - obwohl auch verschiedene Ereignisse für den Gewinn-entgang kausal sein können - e i n Ereignis noch keine

19) Vgl. z.B. BAGE 13,234; Larenz, SAE 1963,60.

19a) Unter "positivem" Schaden soll im Folgenden derjenige Schaden verstanden werden, der als reiner Vermögensschaden oder als Vermögensfolgeschaden im Zeitpunkt seiner Entstehung (z.B. der Aufgabe der Annonce, der Einstellung der Ersatzkraft) auch bereits der Höhe nach feststeht (z.B. der Mehrlohn der Ersatzkraft).

20) Vgl. Traeger, S.253.

21) Traeger, aaO; zust. auch Niederländer, AcP 153,48.

notwendige Kausalität begründet. Die Erzielung des Gewinns hängt stets von verschiedenen Voraussetzungen ab²²⁾; jede dieser Voraussetzungen führt bei Wegfall zum Gewinnentgang.

Für die Abgrenzung der hypothetischen von der alternativen Kausalität bedeutet dies folgendes:

a) Beim positiven Schaden ist stets auf das haftungsbe gründende Ereignis abzustellen²³⁾. Folgt diesem in zeitlicher Verschiebung ein zweites Ereignis, welches den gleichen Schaden bei Nichteintritt des ersten ebenfalls herbeigeführt hätte, kann es nur hypothetischer Natur sein, auch wenn es vor Schadenseintritt liegt²⁴⁾.

Daß ein hypothetisches Ereignis dem Eintritt des Schadens vorhergehen kann, ist weitgehend anerkannt²⁵⁾. Zwar wird hiergegen mitunter vorgebracht, von "hypothetischer" Kausalität könne man nur sprechen, wenn n a c h Entstehung des Schadens eine zweite Tatsache auftrete, die ihrerseits den Schaden verursacht hätte, wenn er nicht durch die erste schon entstanden wäre²⁶⁾. Merkmal der hypothetischen Kausalität ist aber lediglich, daß die reale Ursachenkette, die zum Schaden geführt hat, einen Schadenseintritt aus anderen, hypothetischen Ursachen v e r h i n d e r t²⁷⁾; nicht einbezogen in die Kausalbetrachtung ist der Zeitpunkt des Schadenseintritts²⁸⁾.

22) So schon Traeger, aaO; im Erg. auch Niederländer, aaO.

23) Dies wird in der Regel der Beginn der Nichterfüllung sein. Die reale Ursachenkette kann aber auch schon vor diesem Zeitpunkt beginnen, so z.B. wenn der ArbN die Erfüllung schon vor Arbeitsantritt verweigert.

24) Im Erg. auch Niederländer, AcP 153,43; JZ 1959,617; vgl. auch Brecher, AP Nr.2 zu § 628 BGB.

25) Vgl. Zeuner, AcP 157,452; Niederländer, JZ 1959,617: wird der weggenommene Kraftwagen zerstört, so kann es keinen Unterschied machen, ob er vor oder nach der Zerstörung in der Garage verbrannt wäre.

26) So z.B. Dietz, JZ 1959,431.

27) So auch Niederländer, AcP 153,42; Kurtze (JR 1956,205) will statt von hypothetischer von "verhinderter" Kausalität sprechen.

28) Wird der ArbN also beispielsweise nach Vertragsbruch, aber noch v o r Aufgabe der Annonce dauernd arbeitsunfähig, so ist dieses zweite Ereignis hypothetische Schadensursache : der Vertragsbruch verhindert, daß die Arbeitsunfähigkeit real ursächlich werden kann.

Der Einwand der alternativen Kausalität ist beim positiven Schaden also nur dann gerechtfertigt, wenn entweder mehrere Ereignisse genau gleichzeitig auftreten oder wenn sich nicht feststellen läßt, welches von mehreren Ereignissen den Schaden wirklich herbeigeführt hat.

Die Tatsache, daß schon die geringste zeitliche Verschiebung ("logische Sekunde") genügt, um aus einer realen eine hypothetische Ursache zu machen ²⁹⁾, zeigt, daß eine genaue Abgrenzung zwischen alternativer und hypothetischer Kausalität oft unmöglich sein wird. Die Feststellung wird dann nur lauten können, daß sowohl das eine als auch das andere Ereignis ursächlich sein kann, daß es aber auch beide zusammen sein können.

b) Beim entgangenen Gewinn ist danach zu unterscheiden, ob der zweite Umstand dieselbe Gewinnvoraussetzung betrifft wie der erste oder ob es sich um verschiedene Voraussetzungen handelt.

aa) Betreffen beide Ereignisse *d i e s e l b e* Voraussetzung des in Frage stehenden Gewinns (Beispiel: der Vertragsbrüchige ArbN wird krank; Gewinnvoraussetzung ist beidemale die Weitererfüllung), so gilt das gleiche wie beim positiven Schaden; es ist auf das haftungsbegründende Ereignis abzustellen. Nur wenn beide Umstände im selben Moment auftreten oder wenn sich nicht feststellen läßt, welcher Umstand eher aufgetreten ist, liegt alternative Kausalität vor. Hat der haftungsbegründende Umstand dagegen dieselbe Voraussetzung des Gewinns zerstört, die der andere nur zerstört *h ä t t e*, wenn nicht bereits der erste Umstand eingegriffen hätte, handelt es sich um hypothetische Kausalität ³⁰⁾.

bb) Werden durch zwei Ereignisse jeweils *v e r s c h i e d e n e* Gewinnvoraussetzungen zunichte gemacht (Beispiel: der

29) Worauf Brecher, aaO, zutr. hinweist.

30) Vgl. Niederländer, AcP 153,49.

ArbN ist vertragsbrüchig; eine Zulieferfirma gerät in Verzug - Gewinnvoraussetzungen sind Weitererfüllung und Rohstofflieferung), so ist bei der Abgrenzung auf den Gewinnentgang abzustellen³¹⁾. Liegen in diesem Zeitpunkt zwei Umstände vor, die beide auch für sich allein zum Gewinnentgang geführt hätten, sind beide, gleichgültig ob sie nebeneinander oder nacheinander eingetreten sind, alternativ ursächlich³²⁾. Sie werden in dem Moment, in dem der Gewinn gemacht worden wäre, gleichzeitig relevant; der ArbG hätte den Gewinn auch dann nicht gemacht, wenn der ArbN an seinem Arbeitsplatz erschienen wäre³³⁾.

3. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens

Oft wird der Einwand des ArbN lauten, er habe den gleichen Schaden auch rechtmäßig herbeiführen können, sodaß er für die rechtswidrige Verursachung nicht zu haften brauche (Beispiel : die Annonce wäre auch erforderlich geworden, wenn der ArbN ordentlich gekündigt und die Kündigungsfrist eingehalten hätte³⁴⁾; ein Gewinn wäre auch dann entgangen, wenn der ArbN rechtmäßig ausgeschieden wäre³⁵⁾).

31) Dieser Zeitpunkt wird regelmäßig mit dem des Beginns der Nichterfüllung zusammenfallen. Die Abgrenzung gilt jedoch auch für den später entgehenden Gewinn, wobei das zweite Ereignis im Hinblick auf den bereits entgangenen Gewinn hypothetischer Natur ist, während es für den zukünftig entgehenden Gewinn alternativer Natur ist - vgl.dazu u.S.111 ff.

32) Im Erg.auch Niederländer, aaO.

33) Im Rahmen der Kausalbetrachtung kommt es nicht darauf an, ob nur der eine Umstand zu vertreten ist oder ob es beide sind; dies wäre eine unzulässige Vermengung der Kausalitätsfrage mit der Haftungsfrage - so auch Niederländer, JZ 1959,618; anders noch in AcP 153,48 : sei nur ein Umstand zu vertreten, so sei er nicht ursächlich; seien beide zu vertreten, seien auch beide ursächlich - ähnl.auch Kurtze, JR 1956,201.

34) Vgl.den Fall BAG BB 1970,578.

35) Vgl. auch BAGE 6,321 : ein Schaden wäre in jedem Falle entstanden, da der Streik nach fünf Tagen rechtmäßig durchgeführt worden wäre.

Diese Fälle eines sogenannten "rechtmäßigen Alternativverhaltens" werden in Rechtsprechung und Literatur überwiegend als Sonderfälle der hypothetischen Kausalität behandelt ³⁶⁾. Sie werden als nicht in das übliche Schema passend empfunden, da es sich nicht um ein zufälliges Ereignis oder die Handlung eines Dritten handelt, sondern um ein vom Willen des S c h ä d i g e r s abhängiges Ereignis, mit welchem er den gleichen Schaden auch rechtmäßig hätte herbeiführen können ³⁷⁾.

Ein rechtmäßiges Alternativverhalten ist aber auch im Rahmen der alternativen Kausalität möglich, nämlich dann, wenn der ArbN nicht erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, sondern zugleich mit dem Vertragsbruch hätte rechtmäßig ausscheiden können ³⁸⁾. Allein für diesen Fall ist der Ausdruck "Alternativ"verhalten zutreffend, während im übrigen nur von einem "hypothetischen" rechtmäßigen Verhalten gesprochen werden sollte ³⁹⁾.

Wegen der Besonderheiten, die bei der Behandlung der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung im Rahmen der Kausalbetrachtung auftreten, werden diese Fälle im Folgenden bei der hypothetischen und alternativen Kausalität ausgeklammert und in einem eigenen Abschnitt untersucht (vgl.u. V).

4. Zusammenfassung

Hypothetische Kausalität liegt dann vor, wenn das tatsächliche haftungsbegründende Ereignis verhindert, daß ein anderes Ereignis den gleichen Schaden ebenfalls real verursachen kann oder überhaupt eintritt.

Verursachen zwei Ereignisse gleichzeitig einen bestimmten

36) Vgl.z.B. BAGE 6,321; BAG BB 1970,578; Wolf, JuS 1968,65; Rother, S.206; Niederländer, AcP 153,41; Zeuner, AcP 157,441.

37) So schon BAGE 6,321.

38) Z.B. bei Recht zur fristlosen Kündigung - vgl.o.S.22 ff.

39) So zutr. auch Niederländer, JZ 1959,617.

Schaden, und hätte jedes für sich den Schaden auch allein real verursacht, handelt es sich um alternative Kausalität. In keinem Falle kann eine einmal vorhandene Ursächlichkeit später aus irgendeinem Grunde wieder ~~entfallen~~^{39a)}.

Maßgebend für die Abgrenzung zwischen diesen beiden Erscheinungsformen der Kausalität ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Eintritts des haftungsbegründenden Ereignisses. Eine einmal in Gang gesetzte reale Ursachenkette verhindert, daß eine zweite für diesen Schaden ebenfalls real ursächlich werden kann; letztere ist stets nur hypothetischer Natur.

Dies gilt beim positiven Schaden ausnahmslos, beim entgangenen Gewinn nur, wenn beide Ereignisse dieselbe Gewinnvoraussetzung betreffen. Zerstören die Umstände verschiedene Voraussetzungen des betreffenden Gewinns, so ist der Zeitpunkt des Gewinnentgangs im Einzelfall für die Abgrenzung maßgeblich. Der Wegfall mehrerer Voraussetzungen in diesem Zeitpunkt führt unabhängig von der Reihenfolge der Ereignisse zu alternativer Kausalität.

Ein "rechtmäßiges Alternativverhalten" ist sowohl im Rahmen der hypothetischen als auch im Rahmen der alternativen Kausalität möglich.

39a) Damit ist allerdings die Frage, ob der Erfolg dann noch z u r e c h e n b a r ist, nicht beantwortet; vgl. dazu u. II, III.

II. Frage der Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen

Als Ursachen, die den gleichen Schaden herbeigeführt hätten, wenn dieser nicht schon durch die Nichterfüllung verursacht worden wäre, kommen in Betracht:

Krankheit oder dauernde Arbeitsunfähigkeit des ArbN, Verletzung des ArbN durch Dritte, Streik der übrigen Belegschaft, allgemeiner Konjunkturrückgang, Konkurs des ArbG, vom ArbG oder von Dritten zu vertretende oder auf höherer Gewalt beruhende Betriebsstörungen, wie Rohstoffmangel, Stromausfall und ähnliches.

1. Lösung der Frage im Zivilrecht

a) Überblick über den Meinungsstand

Aus dem Gesetz läßt sich nicht eindeutig entnehmen, wie die Frage nach einer Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen zu beantworten ist ⁴⁰⁾. Es gibt sowohl Vorschriften die für eine Berücksichtigung sprechen (vgl.z.B. §§ 287, 248; 249, 252 BGB) als auch solche, die dagegen sprechen (so z.B. § 440 II BGB).

Das Reichsgericht vertrat die Auffassung, daß ein einmal eingetretener Schaden durch ein späteres Ereignis nicht mehr berührt werden könne, die Ersatzpflicht also in diesem Falle stets bestehen bleibe ⁴¹⁾. Seit einem Urteil des OGH aus dem Jahre 1949 ⁴²⁾ ist jedoch eine Wandlung in der Rechtsprechung eingetreten. Der BGH erkennt mittlerweile die Beachtlichkeit hypothetischer Ursachen in bestimmten Fällen an, und zwar grundsätzlich beim entgangenen Gewinn und beim Ausfall ähnlich langdauernder Vorteile, beim realen Schaden dagegen nur, wenn bereits in der Person oder Sphäre des Verletzten bestimmte Umstände vorlagen, die

40) Allg. Ansicht; sA ledigl. Lemhöfer, JuS 1966, 337.

41) Vgl. RGZ 141, 365; 144, 80; 169, 177.

42) OGHZ 1, 308.

innen kurzem den gleichen Schaden herbeigeführt hätten⁴³⁾. In der Literatur gehen die Meinungen von einer grundsätzlichen Nichtbeachtung⁴⁴⁾ über eine Abgrenzung nach dem Verschuldensgrad des Schädigers⁴⁵⁾ oder nach der Adäquanz des hypothetischen Ereignisses⁴⁶⁾ bis zu einer grundsätzlichen Beachtung der hypothetischen Ursache⁴⁷⁾. Larenz⁴⁸⁾ versucht, das Problem mit Hilfe eines "gegliederten" Schadensbegriffs zu lösen und unterscheidet zwischen dem Ersatz des unmittelbaren Schadens - hier sollen "Reserve"ursachen nicht zu berücksichtigen sein - und dem Ersatz des mittelbaren Schadens - hier soll eine Berücksichtigung stattfinden. Einen anderen Weg beschreitet Rother⁴⁹⁾, der vom Ausgleichszweck des Schadensersatzrechts ausgehend hypothetische Ursachen grundsätzlich berücksichtigen will und als weiteres Abgrenzungskriterium den Gedanken der Risikotragung heranzieht.

Von einer herrschenden Meinung kann man im Zivilrecht heute insofern sprechen, als weitgehend Einigkeit darüber besteht, daß bei den unmittelbaren, sofort abgeschlossenen Personen- oder Sachschäden hypothetische Ursachen nicht zu berücksichtigen sind, während bei Ersatzansprüchen wegen Ausfalls langdauernder Vorteile und beim entgangenen Gewinn eine grundsätzliche Berücksichtigung stattfindet⁵⁰⁾.

43) Vgl. BGHZ 10,6; 20,275; 29,225.

44) So z.B. Niederländer, AcP 153,41; Werner in Staudinger-Werner, Vorbem.46 ff. vor § 249.

45) So Knappe, Das Problem der überholenden Kausalität; ähnl. Lange, AcP 152,153.

46) So Goetz Hueck, JR 1953,401.

47) So z.B. v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität; Siber in Planck-Siber, § 249, Anm.4; Heck, S.48 f.

48) VersR 1963,1; zust. auch Reimer Schmidt bei Soergel-Siebert, § 249, Anm.71 f.; Erman, § 249, Anm.5; Coing, SJZ 1950,865.

49) AaO S.197 ff.

50) Vgl. im Erg. BGHZ 10,8; 29,15; Larenz I, § 30 I und die in Fn.48 genannten; ähnl. auch Esser, § 46 III.

b) Kritik

Bei der Prüfung der Frage, welche der genannten Auffassungen für eine Übernahme in das Arbeitsrecht geeignet erscheinen, zeigt sich, daß diejenigen schon von vornherein auszuschließen sind, die sich nicht mit den besonderen Gegebenheiten des Arbeitsverhältnisses vereinbaren lassen. Darunter fallen einmal alle Lösungen, die auf eine Sanktion gegen den schädigenden ArbN hinauslaufen, da sie dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip widersprechen⁵¹⁾. Zum anderen gehören dazu auch solche Auffassungen, die rein auf Sach- und Personenschäden zugeschnitten sind.

Werden hypothetische Ursachen grundsätzlich nicht berücksichtigt, so bedeutet dies, daß der Schädiger für seine Verursachung auch dann haften muß, wenn der Geschädigte den gleichen Schaden auf andere Weise mit Sicherheit ebenfalls erlitten hätte. Damit läuft ein grundsätzliches Festhalten des Schädigers an der einmal begründeten Ersatzpflicht letztlich auf eine Bestrafung desselben hinaus⁵²⁾.

Eine Abgrenzung nach der Schwere des Verschuldens des Schädigers stützt sich offen auf einen Vorrang der Sanktionsfunktion des Schadensersatzrechts und ist daher ebenfalls ungeeignet⁵³⁾.

Für eine Übernahme ins Arbeitsrecht erscheint auch die Lösung mit Hilfe eines gegliederten Schadensbegriffs nicht geeignet. Mehr noch als alle anderen Auffassungen ist diese speziell auf Sachschäden zugeschnitten und führt dort auch zu durchaus brauchbaren Ergebnissen. Bei Vertragsverletzungen führt sie jedoch, da hier ein objektiver Schaden nicht ersetzt werden kann, zu teilweise unüberwindlichen Schwierigkeiten.

51) Zum Verhältnis des Sanktionsprinzips zum arbeitsrechtlichen Schutzprinzip vgl.o. § 3 IV.

52) Im Erg.auch Rother, S.204; Knappe, S.106 ff. - Unter dem Gewande eines Kausalitätsproblems verbirgt sich also in Wirklichkeit ein Problem des Schadensbegriffs - vgl. Rother, S.197 f.; Larenz I, § 30 I.

53) Abl.auch Neumann-Duesberg, JZ 1955,266; Niederländer,aaO.

Die vom BGH aufgestellten Grundsätze bezüglich einer beim Schadenseintritt bereits vorhandenen Schadensanlage lassen sich beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Arbeitsrecht nicht verwerten. Einmal handelt es sich dabei um rein auf Personen- und Sachschäden zugeschnittene Regeln. Zum anderen betreffen sie in Wirklichkeit nicht ein Problem der Berücksichtigung hypothetischer Ursachen, sondern ein solches des wirklichen Wertes, den das betreffende Objekt im Zeitpunkt des Schadenseintritts besitzt⁵⁴⁾. Daß aber beispielsweise eine verborgene Krankheit des ArbN oder ein drohender Konkurs des ArbG bereits den Wert der erbrachten Arbeitsleistung als solchen mindert, wird man kaum sagen können.

2. Lösung der Frage im Arbeitsrecht

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stützt sich im Grunde auf die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze⁵⁵⁾, ohne eine eigene abschließende Stellungnahme abzugeben⁵⁶⁾. Der im bekannten Urteil zum Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein befürwortete Vorrang der Sanktionsfunktion will sich offensichtlich auf den Sonderfall beschränken, in dem die Reserveursache nicht "ein zufälliges, von den Partnern gar nicht in Betracht gezogenes Ereignis oder die Handlung eines Dritten" ist, sondern "gerade die Handlung, die nach dem Vertrag während einer gewissen Dauer unterlassen werden mußte, während sie nachher wieder freisteht"⁵⁷⁾. Damit sind aber nur die Fälle des sogenannten "rechtmäßigen Alternativverhaltens" gemeint⁵⁸⁾.

Im Hinblick auf die übrigen Fälle der hypothetischen Kausalität, die schließlich das Hauptgewicht bilden, hat das

54) Vgl. Larenz I, S.360 f.; Zeuner, AcP 157,452 f.; BGH JZ 1960,409.

55) Vgl.o. S.104, bes.Fn.50.

56) Vgl. BAGE 6,321; 11,175; 16,214; BAG BB 1970,578.

57) BAGE 6,321 (378).

58) Vgl. dazu ausführl. u. V.

Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung ausdrücklich keine Stellungnahme abgegeben ⁵⁹⁾.

Die Frage, ob der Schädiger von seiner Haftung für den von ihm adäquat verursachten Schaden befreit werden kann bzw. ob der Geschädigte den Schaden im Ergebnis selbst zu tragen hat, wird nicht im Bereich der Kausalität, sondern im Bereich der *Z u r e c h n u n g* entschieden ⁶⁰⁾.

Dabei hat eine arbeitsrechtliche Lösung auch das arbeitsrechtliche Moment in besonderem Maße zu berücksichtigen. So stimmt im Einzelarbeitsvertragsrecht allein eine grundsätzliche *B e r ü c k s i c h t i g u n g* hypothetischer Ursachen mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip und der damit eng zusammenhängenden Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts überein. Hätte ein späteres Ereignis den gleichen Schaden mit Sicherheit ebenfalls verursacht, so muß diese Tatsache dazu führen, daß der ArbN von diesem Zeitpunkt an von seiner Ersatzpflicht grundsätzlich befreit wird. Der *n a c h* Eintritt des Zweitereignisses entstehende Schaden ist dem ArbN grundsätzlich nicht zu-rechenbar.

Bei den sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Schäden ⁶¹⁾ heißt "Berücksichtigung" der hypothetischen Ursache ohnehin nur, daß vom Zeitpunkt des Eintritts des Zweitereignisses an die Ersatzpflicht des Schädigers ent-

59) Vgl.dazu auch die o.S.86 zitierte Stelle aus dem Urteil.

60) Dies ist heute weitgehend anerkannt; vgl.z.B. Larenz I, S.324;Niederländer, JZ 1959,619.

61) Darunter fallen der entgangene Gewinn, die Mehrkosten der Ersatzkraft und auch z.B. die Mietkosten einer vom ArbG gemieteten und jetzt leerstehenden Maschine. Letztere Kosten hat der ArbG zwar auch schon *v o r* dem Vertragsbruch entrichten müssen, sodaß dieser überhaupt nicht kausal zu sein scheint. Eine solche Betrachtungsweise läßt jedoch die Tatsache außer acht, daß die Mietkosten bei gehöriger Erfüllung als Gewinnerzielungskosten im Umsatz enthalten sind und dem ArbG dann nicht zusätzlich entstehen, während er sie bei Vertragsbruch aus "eigener Tasche" bezahlen muß, da die Maschine jetzt keinen Umsatz bringt.

fällt ⁶²⁾. Dagegen würde bei den Schäden, die mit ihrer Entstehung auch bereits in der Entwicklung abgeschlossen sind ⁶³⁾, eine grundsätzliche Berücksichtigung bedeuten, daß die Ersatzpflicht auch dann rückwirkend entfielen, wenn das Zweitereignis *n a c h* Schadenseintritt relevant wird (Beispiel: Vertragsbruch am 5. des Monats, Annonce am 10. aufgegeben, dauernde Arbeitsunfähigkeit tritt am 15. ein).

In Bezug auf den einmal eingetretenen Schaden kann die Ersatzpflicht jedoch nicht wieder entfallen; dieser ist dem ArbN stets zurechenbar. Ein hypothetisches Ereignis kann beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht im Ergebnis stets nur bei solchen Schäden Berücksichtigung finden, die *n a c h* Wirksamwerden dieses Ereignisses auftreten.

Schwierigkeiten ergeben sich wie bei allen anderen Lösungsversuchen dann, wenn für das zweite Ereignis ein *V e r - a n t w o r t l i c h e r* vorhanden ist (Beispiel: eine Zulieferfirma gerät in Verzug).

Eine Schadenstragung durch den Geschädigten selbst als Folge einer Berücksichtigung der hypothetischen Ursache erschiene in diesem Falle unbillig und wird auch im Zivilrecht durchweg abgelehnt. Es zeigt sich hier, daß es nicht gleichgültig sein kann, welcher Art die Zweitursache ist, sondern daß es vielmehr darauf ankommt, in wessen Zuständigkeits- oder Risikobereich sie fällt ⁶⁴⁾. Diese Unterscheidung steckt - allerdings oft unausgesprochen - auch im Zivilrecht hinter vielen Lösungsversuchen ⁶⁵⁾.

62) Der ArbN hat also einen entgangenen Gewinn bis zu dem Zeitpunkt zu ersetzen, an dem er dauernd arbeitsunfähig geworden ~~ist~~; ebenso die Mehrkosten der Ersatzkraft.

63) Hierunter fallen z.B. die Kosten der Annonce.

64) So ausdrücklich Rother, S.208 ff.

65) Wie Rother, aaO, überzeugend nachgewiesen hat; vgl. auch Niederländer, JZ 1959,619: das Problem der hypothetischen Schadensereignisse laufe letztlich auf die Frage hinaus, ob diese Schadensumstände dem Verantwortungsbereich des Schädigers oder dem Risikobereich des Geschädigten zugerechnet werden sollen. Vgl. auch o. Fn.43.

Diesem Gedanken der Rechtszuständigkeit kann im Arbeitsrecht ein eigener Standpunkt ermöglicht werden, zumal hier arbeitsrechtliches Schutzprinzip und Risikotragung eng zusammenhängen.

Hypothetische Ereignisse können sonach in zwei Gruppen eingeteilt werden:

- (1) Ereignisse, die der ArbG selbst herbeigeführt hat oder denen er ohnehin unterworfen gewesen wäre, weil sie in seinen Risikobereich fallen,
- (2) Ereignisse, die vom nichterfüllenden ArbN oder von einem Dritten in verantwortlicher Weise herbeigeführt worden sind ⁶⁶⁾.

a) In die erste Gruppe fallen Umstände wie Betriebsstilllegung, rechtmäßiger Streik, Naturkatastrophen, Krankheit oder dauernde Arbeitsunfähigkeit des ArbN.

Diese Ereignisse hätte der ArbG auch ohne Nichterfüllung hinzunehmen, da sie in seinen Risikobereich fallen ⁶⁷⁾.

Sie haben einen Wegfall der Ersatzpflicht des ArbN für die Zukunft zur Folge.

Beim entgangenen Gewinn spricht schon der Wortlaut des § 252 BGB für eine Berücksichtigung hypothetischer Ursachen ⁶⁸⁾. Dies wird mitunter mit der Begründung bestritten, daß sich der rechtswidrige Wille des ArbN darauf richte, dem ArbG für die Zeit bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist seine Arbeitskraft zu nehmen. Damit habe der ArbN "diesen Zeitraum und Vorgang final zu einer übergreifenden Einheit zusammengeschlossen", sodaß der entgangene Gewinn ohne Berücksichtigung in der Zwischenzeit aufgetretener Ursachen zu ersetzen sei ⁶⁹⁾. Diese Betrachtungsweise ließe sich im Ergebnis jedoch nur mit dem Vorrang der Sanktionsfunktion im Schadensersatzrecht rechtfertigen und ist daher abzulehnen ⁷⁰⁾.

66) Vgl. auch Rother, S.210.

67) Ähnl. auch Rother, aaO.

68) So auch BAGE 13,234.

69) So z.B. Brecher, AP Nr.2 zu § 628 BGB.

70) Vgl. auch BAGE 6,321; Brecher, aaO, spricht vom "Verantwortungsprinzip"; dieses sei "schon mehr als naturwissenschaftlich berechneter Ausgleich, aber doch noch nicht so viel wie Sanktion".

Beim entgangenen Gewinn sind auch solche Ursachen zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt der Erstschädigung noch nicht vorhersehbar waren. Wollte man im Rahmen des § 252 BGB stets die Prüfung verlangen, ob der Gewinn "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen" mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden durfte, so könnten solche Entwicklungen nicht ex post berücksichtigt werden, die keinerlei objektiven Wahrscheinlichkeitsansatz im Zeitpunkt der Erstschädigung hatten, selbst wenn sie später, da eingetreten, als mathematisch sicher erscheinen 71).

Aus dem Sinn des § 252 BGB, der nach herrschender und zutreffender Ansicht lediglich eine Beweislastregelung darstellt, läßt sich dies jedoch nicht zwingend entnehmen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung der Wahrscheinlichkeit des Gewinns ist der Standpunkt des nachträglichen Beurteilers; dies gilt sowohl für den Geschädigten günstige als auch ungünstige Umstände 72).

b) In die zweite Gruppe gehören Ereignisse wie Lieferverzug von Zulieferfirmen, Brandstiftung im Betrieb, rechtswidriger Streik der übrigen Belegschaft.

Derartige Umstände können einen Ersatzanspruch des geschädigten ArbG gegen den schädigenden ArbN nicht beseitigen, da sie wegen ihrer hypothetischen Natur eine (zumindest alleinige) Ersatzpflicht des Dritten nicht zu begründen vermögen 73).

71) So aber Brecher, aaO.

72) Vgl. z.B. Larenz I, § 29 II b (S 345); Enneccerus-Lehmann, § 15 III; Zeuner, AcP 157, 446.

73) Vgl. Rother, S 212; vgl. auch Bydlinski, S. 66, Fn. 157; Bydlinski (S. 69) will jedoch unter Berufung auf Heck, S. 48 f., auch den hypothetischen (zweiten) Verursacher haften lassen. Vgl. dazu auch u. S. 112 f.

aa) Ist der vertragsbrüchige ArbN selbst für das Zweiteignis verantwortlich, weil er zum Beispiel seine Arbeitsunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt oder den Betrieb in Brand gesteckt hat, so kann seine Ersatzpflicht in keinem Falle davon betroffen werden.

bb) Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn für das zweite Ereignis, falls es real ursächlich geworden wäre, ein Dritter dem ArbG hätte eintreten müssen (Beispiel: ein Dritter zerstört die Maschine, an welcher der vertragsbrüchige ArbN beschäftigt war; dabei wäre der ArbN mit Sicherheit so schwer verletzt worden, daß auch aus diesem Grunde eine Ersatzkraft hätte eingestellt werden müssen ⁷⁴⁾). Hier ist fraglich, ob der Schaden - in unserem Beispiel die Kosten der Annonce - allein dem vertragsbrüchigen ArbN zuzurechnen ist.

Eine alleinige Haftung des realen Schädigers wird im Zivilrecht bei diesen Fällen überwiegend bejaht ⁷⁵⁾. Diese Auffassung bedarf jedoch für das Gebiet des Einzelarbeitsvertragsrechts einer Überprüfung.

Im Zivilrecht wird eine Berufung des realen Schädigers auf die hypothetische Verursachung deshalb nicht zugelassen, weil sich der zweite Täter darauf berufen könnte, daß er den Schaden nicht angerichtet habe und der Geschädigte somit leer ausginge ⁷⁶⁾. Auch im Zivilrecht sind aber Sonderfälle denkbar, in denen eine Haftung beider Verursacher vertretbar erscheint (Beispiel: B vergiftet einen Hund;

74) Nur scheinbar hierher gehört der Fall, daß der ArbN während des Vertragsbruchs von einem Dritten schuldhaft verletzt wird. Der ArbG wäre dann nur m i t t e l b **e**r geschädigt und könnte die Kosten für eine Ersatzkraft auch bei r e a l e r Verursachung des Dritten nicht von diesem ersetzt verlangen.

75) AA lediglich Heck, S.49, der Gesamtschuldnerschaft annimmt; ähnl.Bydlinski, S.69.

76) Vgl.das Beispiel bei Rother, S.212: A hat in einer Möbelfabrik einen Posten Möbel angezündet; kurz darauf verbrennt durch ein Verschulden des B die ganze Fabrik. A muß für die von ihm verbrannten Möbel haften, da B diese schon verbrannt vorgefunden hat.

A erschießt den Hund, bevor dieser am Gift stirbt). Es sind dies Fälle, in denen die hypothetische Ursache ihren nachweisbaren Grund in einem Umstand hat, der schon v o r der Handlung des realen Täters liegt ⁷⁷⁾.

Im Arbeitsrecht sind die Fälle gleichgelagert, in denen zwischen haftungsbegründendem Ereignis und Schadenseintritt ein weiteres, nur hypothetisch ursächliches Ereignis auftritt. Auch hier wird der hypothetische Umstand relevant, bevor der Schaden als Folge der realen Ursache eintritt ⁷⁸⁾. Im obigen Beispiel lag die Reserveursache zwar vor der realen Ursache; maßgeblich ist jedoch, daß in beiden Fällen der hypothetische Verursacher in den Kausalzusammenhang eingreift, bevor der Schaden als Folge der realen Ursache eingetreten ist.

Diese Fälle sind infolge des regelmäßigen Auseinanderfallens von Schädigungshandlung und Schadenseintritt im Arbeitsrecht bei weitem häufiger als das oben angeführte, lediglich theoretisch bedeutsame Beispiel.

Eine Mithaftung des Dritten erscheint billig, wenn seine Mitwirkung bereits v o r Eintritt des Schadens beginnt. Der Dritte kann sich dann nicht - wie der Brandstifter im Möbelfall - darauf berufen, daß der Schaden bereits angeordnet war, als seine Handlung einsetzte. Die von ihm gesetzte und im Rahmen der Kausalbetrachtung nur hypothetische Ursache steht im Rahmen der Zurechnungsprüfung einer a l t e r n a t i v e n Ursache gleich. Der Schaden ist somit auch dem Dritten zurechenbar; der ersatzpflichtige ArbN und der Dritte haften grundsätzlich als Gesamtschuldner ⁷⁹⁾.

Beim entgangenen Gewinn läßt sich dieses Ergebnis schon aus dem Gesetz entnehmen. Hat der ArbN beispielsweise den

77) So zutr. Rother, S.208 unter Hinweis auf Heck u. Bydlirski.

78) Wurde der Kausalzusammenhang im obigen Beispiel durch das reale Ereignis (das Erschießen) unterbrochen, so wird er hier durch das hypothetische Ereignis unterbrochen; vgl. dazu auch Rother, S.208, Fn.2.

79) Vgl. dazu u. III.

entgangenen Gewinn für vier Wochen zu ersetzen und kommt nach zwei Wochen ein Rohstofflieferant in Verzug, so läßt sich schon aus dem Wortlaut des § 252 BGB ein Wegfall der Ersatzpflicht des ArbN ableiten. Vom Zeitpunkt des Eintritts des Zweitereignisses an war nämlich ein Gewinn nicht mehr zu erwarten.

Im Zivilrecht wird für diesen Fall eine Ausnahme von der grundsätzlichen Berücksichtigung hypothetischer Ursachen beim entgangenen Gewinn gemacht und der reale Schädiger zur alleinigen Haftung verpflichtet ⁸⁰⁾.

Eine volle Weiterhaftung des ArbN liefe jedoch auch hier auf eine Bestrafung hinaus. Mehr noch als beim positiven Schaden ist eine für den bereits eingetretenen Gewinnentgang nur hypothetische Ursache für den zukünftig entgehenden Gewinn *a l t e r n a t i v e* Ursache ⁸¹⁾.

3. Zusammenfassung

Hypothetische Schadensereignisse sind im Arbeitsrecht beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht bei denjenigen Schäden grundsätzlich zu berücksichtigen, die *n a c h* Wirksamwerden dieser Ereignisse auftreten.

Fällt eine Reserveursache in den Risikobereich des ArbG, so führt eine Berücksichtigung derselben zu einem Wegfall der Ersatzpflicht des ArbN für die Zukunft. Der ArbG hätte in diesem Falle auch ohne Eintritt der realen Ursache das Risiko des Wirksamwerdens der Reserveursache zu tragen. Hat ein Dritter die hypothetische Ursache in verantwortlicher Weise herbeigeführt, so bedeutet eine Berücksichtigung der Reserveursache, daß die an sich hypothetische Ursache im Rahmen der Zurechnung beim positiven Schaden

80) Vgl.z.B. Larenz I, S.361.

81) Vgl.auch Larenz, aaO, der bei hypothetischer Verursachung den Dritten von dem Zeitpunkt an haften lassen will, von dem die durch ihn gesetzte Ursache *r e a l* wirksam geworden ist. Vgl.auch Bydlinski, S.69

einer alternativen Ursache gleichzustellen ist. Beim entgangenen Gewinn ist die vor Schadenseintritt wirksam ~~w~~er-
dende Reserveursache für den zukünftig entstehenden Schaden schon im Rahmen der Kausalitätsprüfung als alternative Ursache anzusehen.

ArbN und Dritter haften in beiden Fällen regelmäßig als Gesamtschuldner.

III. Das Problem der alternativen Kausalität

Alternative Kausalität liegt nach dem oben Gesagten dann vor, wenn zwei Ereignisse gleichzeitig und unabhängig voneinander einen bestimmten Schaden herbeigeführt haben und wenn jedes Ereignis geeignet war, den Schaden auch für sich allein herbeizuführen.

Ebenso wie bei der hypothetischen Kausalität ist auch hier auf die Herkunft der "Nebenursache" abzustellen und diese Entscheidung im Rahmen der Schadenszurechnung zu berücksichtigen.

1. In den Risikobereich des ArbG fallende Nebenursache

Hierher gehören zufällige, auf höherer Gewalt beruhende und vom ArbG selbst zu vertretende Ereignisse, wie Krankheit oder dauernde Arbeitsunfähigkeit des ArbN, Betriebsstillegungen, rechtmäßige Streiks.

Sind Ursächlichkeit und Adäquanz beider Ereignisse festgestellt, so ist mit dieser Feststellung die Kausalitätsprüfung beendet. Ob die vom ArbN schuldhaft gesetzte Ursache, nämlich die Nichterfüllung, letztlich seine Haftung zu begründen vermag, ist ebenso wie bei der hypothetischen Kausalität eine Frage der Z u r e c h n u n g ⁸²⁾.

82) Vgl. Larenz, SAE 1963, 60; Brecher, AP Nr. 2 zu § 628 BGB.

Zu diesem Problemkreis liegt lediglich eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vor⁸³⁾. Dort wird einerseits ausgesprochen, daß sowohl die unberechtigte fristlose Kündigung des ArbN als auch seine Krankheit für den entgangenen Gewinn als "selbstständige, nebeneinander bestehende und voneinander unabhängige Schadensursachen" in Betracht kommen. Als Begründung für die Ablehnung der Ersatzpflicht des ArbN wird aber andererseits ausgesprochen, es fehle an der "maßgeblichen" Kausalität der Nichterfüllung⁸⁴⁾. Der erkennende Senat hebt weiter hervor, daß es nicht etwa um den Ersatz sonstiger Schäden (Kosten für eine Annonce, Mehrkosten der Ersatzkraft) gehe, sondern ausschließlich um entgangenen Gewinn. Dieser Hinweis soll - da ohnehin nur ein entgangener Gewinn geltend gemacht wurde - offensichtlich bedeuten, daß bei positiven Schäden anders zu entscheiden sei. Dies ist jedoch, wie sich im Folgenden zeigen wird, unzutreffend.

Daß ein zweites, hypothetisches bzw. alternatives Ereignis die Kausalität des Erstereignisses nicht wieder beseitigen kann, wurde bereits dargelegt und wird heute auch kaum noch bestritten. Ebenso kann es aber auch nicht an der "maßgeblichen" Kausalität der Nichterfüllung mangeln; abgesehen davon war eine derartige Unterscheidung im Rahmen der Kausalbetrachtung bisher unbekannt⁸⁵⁾.

Fällt die Nebenursache in den Risikobereich des ArbG, so ist vielmehr der a u c h auf dieser Nebenursache beruhende Schaden dem nichterfüllenden ArbN n i c h t z u r e c h e n b a r⁸⁶⁾. Der ArbG hätte diesen Schaden auch dann allein zu tragen, wenn der ArbN gehörig weitererfüllt hätte.

Dies muß für den positiven Schaden gleichermaßen gelten

83) BAGE 13,238 mit Anm.Larenz, aaO; Brecher, aaO.

84) Da es in der betr. Entscheidung um entgangenen Gewinn handelt, wird das Ergebnis zusätzlich auch auf den Wortlaut des § 252 BGB gestützt.

85) Vgl.auch Larenz, aaO.

86) Im Erg. auch Larenz, aaO; aa offensichtlich Bydlinski, S.87, der bei Zusammentreffen von Zufall und haftungsbegründendem Ereignis eine Teilung des Schadens analog §254 BGB befürwortet.

wie für den entgangenen Gewinn, wobei sich das Ergebnis bei letzterem auch aus dem Wortlaut des § 252 BGB ergibt. Eine Schadensteilung kommt nicht in Betracht ⁸⁷⁾, da der dem ArbG infolge der Risikotragung zuzurechnende Teil des Schadens unter Berücksichtigung des Schutzprinzips gegenüber dem Teil, der dem ArbN auf Grund der Nichterfüllung zuzurechnen wäre, bei weitem überwiegt.

Eine Haftung des ArbN ließe sich hier nur auf eine Sanktionsfunktion des Schadensersatzrechts stützen ⁸⁸⁾. Aus dem gleichen Grunde muß eine unterschiedliche Behandlung von entgangenem Gewinn und positivem Schaden sowie eine Schadensteilung ausscheiden.

In Richtung eines Sanktionsgedankens ginge etwa die Annahme, daß der ArbN im obigen Beispiel deshalb haften müsse, weil er auch ohne Krankheit nicht gearbeitet hätte. Hierzu hat das BAG zu recht ausgesprochen, daß der ArbN wegen seiner Krankheit gar nicht hätte arbeiten können ⁸⁹⁾.

2. Nebenursache, für die eine Verantwortlichkeit Dritter besteht

Ereignisse, die eine Verantwortlichkeit Dritter begründen, sind in erster Linie rechtswidrig schuldhaft eingetretene Eingriffe derartiger Personen in den Betrieb (Beispiel: dem ArbG entgeht ein Gewinn, weil während der Zeit des Vertragsbruchs ein Dritter die Maschine zerstört, an der der ArbN beschäftigt war oder weil während dieser Zeit ein rechtswidriger Streik ausbricht). Daß eine Verantwortlichkeit des ArbN

87) AA Brecher, AP Nr. 2 zu § 628 BGB, der den Gedanken des § 830 I i. V. mit § 840 I BGB auch dann heranziehen will, wenn nur eine verantwortliche Person vorhanden ist und das zweite Ereignis durch sie schuldlos oder gar zufällig bewirkt worden ist. Im Innenverhältnis befürwortet Brecher eine Schadensteilung analog § 254 I BGB.

88) Zum Verhältnis des Sanktionsprinzips zum arbeitsrechtlichen Schutzprinzip vgl. o. § 3 IV.

89) Vgl. BAGE 13, 238.

auch für die Nebenursache (z.B. bei Zerstörung der Maschine durch den ArbN selbst) seine Haftung nicht ausschließen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Im Zivilrecht taucht die Rechtsfigur der alternativen Kausalität in dieser Konstellation vor allem bei Unfällen im Straßenverkehr auf.

Diese Fälle lassen sich über § 830 I BGB lösen, wenn entweder beide Schädiger in gemeinsamem Zusammenwirken gehandelt haben oder zwar keine gemeinsame Handlung vorgelegen hat, die Ergebnisse des an sich zufälligen Zusammenwirkens der Beteiligten jedoch nicht mehr unterscheidbar sind (Beispiel: zwei Kraftfahrer überfahren nacheinander einen Fußgänger). Hier erscheint es billig, daß jeder Täter über § 840 I BGB auf den ganzen Schaden haftet ⁹⁰⁾.

Handelt es sich um keine gemeinsame unerlaubte Handlung, sondern um ein unbewußtes und ungewolltes Zusammenwirken mehrerer, so wird in Anlehnung an § 840 I BGB im allgemeinen ebenfalls eine gesamtschuldnerische Haftung angenommen. Ein Ausgleich wäre auch dann lediglich im Innenverhältnis nach § 426 BGB möglich und hätte notfalls unter Zuhilfenahme der Mitverschuldensgrundsätze des § 254 BGB zu erfolgen. Oft erscheint es dann jedoch unbillig, einen Mitverursacher im Außenverhältnis für den gesamten Schaden haften zu lassen. Hier muß es die Aufgabe der juristischen Beurteilung sein, die Erfolgsanteile der verschiedenen Schadensursachen so weit wie möglich auseinanderzuhalten.

Als Denkbehelf der Rechtsbetrachtung bietet sich hier die der Zurechnungsprüfung vorgeschaltete rein logische Ursachenprüfung der einzelnen Tatanteile an ⁹¹⁾. Eine solche Trennung der Verursachungsbeiträge nach Gewichtigkeit und Relevanz der einzelnen Handlungen führt dann oft zu gerechteren

90) Vgl. Rother, NJW 1965, 177; jedem Schädiger muß jedoch der Beweis offenstehen, daß seine Handlung den betreffenden Erfolg nicht herbeigeführt haben kann - vgl. auch Larenz II, § 68 II; Enneccerus-Lehmann, S. 994.

91) Vgl. Rother, aaO.

Ergebnissen ⁹²⁾. Diese Betrachtungsweise hat den Vorteil, daß der eine Beteiligte überhaupt nicht als Ersatzpflichtiger in Betracht kommt, wenn sein Tatbeitrag für die rechtliche Beurteilung auszuschcheiden hat. Dann braucht dieser Schädiger nicht erst im Innenverhältnis Ausgleich zu suchen, wobei er unter Umständen an einen nicht feststellbaren oder zahlungsunfähigen "Mittäter" gelangt ⁹³⁾.

Eine Trennung der Verursachungsbeiträge entspricht im Einzelarbeitsvertragsrecht dem sozialen Schutzprinzip in besonderer Weise. Während nämlich bei gesamtschuldnerischer Haftung im Falle eines im Innenverhältnis nicht erzielbaren Ausgleichs der ArbN letztlich den gesamten Schaden allein tragen müßte, trägt bei einem eventuellen Wegfall der Haftung des ArbN infolge der Trennung der Verursachungsanteile dieses Risiko der ArbG.

Hat neben dem ArbN ein zweiter Schädiger den gleichen Schaden herbeigeführt ⁹⁴⁾, so kann auch eine Trennung der Verursachungsbeiträge zu keinem anderen Ergebnis als zu gesamtschuldnerischer Haftung beider Schädiger führen ⁹⁵⁾.

Anders liegt der Fall jedoch dann, wenn durch Hinzutreten der Nebenursache ein weit höherer Schaden entsteht und die anderen Tatanteile diejenigen des ArbN an Gewichtigkeit und Relevanz bei weitem überwiegen. Hierher gehört das Beispiel, daß zugleich mit dem Vertragsbruch ein rechtswidriger Streik ausbricht. Eine Trennung der Verursachungsbeiträge führt dazu, daß schon die U r s ä c h l i c h - k e i t des Vertragsbruchs des ArbN in Bezug auf den G e - s a m t schaden zu verneinen ist. Die Haftung jedes einzelnen Teilnehmers ist so zu betrachten, als hätte er die Tat

92) Vgl.dazu Rother, aaO.

93) Darauf weist Rother, aaO, zutr. hin.

94) Beispiel: der Dritte zerstört die Maschine, an der der ArbN beschäftigt war.

95) Vgl. auch Rother, aaO.

allein begangen 96).

Der Vertragsbruch des ArbN allein hätte aber im angeführten Beispiel eine Stilllegung der gesamten Produktion nicht zur Folge gehabt. Für den Gesamtschaden ist somit **nur** der Nebentäter verantwortlich 97).

3. Zusammenfassung

Die Fälle der alternativen Kausalität sind zu unterteilen in solche, in denen die Nebenursache in den Risikobereich des ArbG fällt und in solche, in denen ein Dritter für die Nebenursache verantwortlich ist.

Im ersten Fall ist der Schaden dem ArbN nicht zurechenbar, weil der ArbG **auch** bei Weitererfüllung das Risiko des Eintritts der Nebenursache zu tragen hätte.

Bei bestehender Verantwortlichkeit eines Dritten für die Nebenursache sind die beiden Verursachungsbeiträge getrennt zu betrachten. Hätte die Handlung des Dritten den gleichen Schaden herbeigeführt wie der Vertragsbruch des ArbN, sind die Verursachungsbeiträge also gleich zu bewerten, so haften ArbN und Dritter als **G e s a m t s c h u l d n e r**. Hätte dagegen die Handlung des Dritten - für sich allein betrachtet - einen Schaden zur Folge gehabt, den der Vertragsbruch allein nie hätte herbeiführen können, so ist für den Gesamtschaden nur der Dritte verantwortlich. Es mangelt dann schon an der Ursächlichkeit des Vertragsbruchs hinsichtlich des gesamten Schadens.

96) Rother, aaO.

97) Die Konsequenzen dieser Lösung zeigen sich - worauf bereits hingewiesen wurde - erst dann, wenn der oder die Nebentäter aus irgendeinem Grunde nicht belangt werden können, etwa weil sie mittellos sind oder unbekannt geblieben sind. Für den Schaden, der auch durch den Vertragsbruch **allein** entstanden wäre, muß der ArbN dem ArbG jedoch mithaften; insofern gilt das gleiche wie bei Übereinstimmung der Verursachungsbeiträge.

IV. Das Problem der kumulativen Kausalität

Wenn im Folgenden von kumulativer Kausalität gesprochen wird, sollen unter diesem Begriff die Fälle zusammengefaßt werden, in denen erst das Zusammenwirken zweier oder mehrerer Handlungen oder Ereignisse zum Eintritt eines Schadens führt, der betreffende Schaden also durch eine Unrechtshandlung allein nicht bewirkt worden wäre (Beispiel: zwei ArbN sind an einer Maschine beschäftigt; erscheint nur der eine nicht an seinem Arbeitsplatz, wird die Arbeit von dem anderen mitverrichtet; erst wenn beide fehlen, entgeht dem ArbG ein Gewinn) ⁹⁸⁾.

Diese Problematik taucht im Zivilrecht vorwiegend beim Schadensersatz wegen rechtswidriger Immissionen ⁹⁹⁾ und bei Unfällen im Straßenverkehr auf ¹⁰⁰⁾. Eine gesamtschuldnerische Haftung wird in diesen Fällen dann abgelehnt, wenn entweder den den Geschädigten ein Mitverschulden trifft ¹⁰¹⁾ oder wenn ein Teil der Immissionen zumutbar erscheint ¹⁰²⁾.

Im Arbeitsrecht ist - wie stets bei Zusammentreffen mehrerer Ursachen - auch bei der kumulativen Kausalität nach der Herkunft der jeweiligen Ereignisse zu unterscheiden. Diese können entweder dem Risikobereich des ArbG entstammen oder von Dritten in verantwortlicher Weise herbeigeführt worden sein.

98) Zur Abgrenzung der kumulativen von der alternativen Kausalität vgl.o. S.94.

99) Beispiel: mehrere Betriebe bringen Abwässer in einen Fluß ein; jede Einleitung ist - für sich betrachtet - unschädlich, in ihrer Gesamtheit führen die Abwässer jedoch zu einer Umweltschädigung.

100) Beispiel: ein Auto überschreitet die zulässige Höchstgeschwindigkeit, ein zweites beachtet die Vorfahrt nicht; durch den Zusammenstoß der beiden Fahrzeuge wird eine Schaufensterscheibe zerstört. Der Schaden ist erst durch das Zusammenwirken der beiden rechtswidrig Handelnden zustandegekommen.

101) Vgl. BGHZ 30,203.

102) Vgl. Kleindienst, aaO S.61 ff., der zwischen linearer, progressiver und regressiver Schadenssteigerung unterscheidet.

1. Fällt die zweite Ursache in den Risikobereich des ArbG (so z.B. wenn im obigen Beispiel der zweite ArbN erkrankt), dann muß dasselbe gelten wie im Rahmen der alternativen Kausalität. Entfällt die Zurechenbarkeit des Schadens schon dann, wenn der Schaden auch allein durch die Nichterfüllung entstanden wäre, so muß dies erst recht der Fall sein, wenn durch den Vertragsbruch allein noch **k e i n** Schaden entstanden wäre.

2. Ist für die zweite Ursache ein verantwortlicher Dritter vorhanden (so z.B. wenn der zweite ArbN ebenfalls Vertragsbruch begeht), sind die einzelnen Verursachungsbeiträge bei der kumulativen ebenso wie bei der alternativen Kausalität **g e t r e n n t** zu betrachten ¹⁰³).

a) Diese Betrachtungsweise führt zu keinem anderen Ergebnis als eine Gesamtbetrachtung, wenn die beiden Beiträge gleichermaßen adäquat sind. Steht fest, daß jede Handlung generell so beschaffen war, daß sie unter ähnlichen Bedingungen einen solchen Erfolg hätte herbeiführen können, müssen beide Handelnde dem ArbG grundsätzlich als Gesamtschuldner haften ¹⁰⁴).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn den ArbG ein Mitverschulden trifft. Dann haftet jeder einzelne Täter im Außenverhältnis auf die gegenüber dem ArbG nach § 254 I BGB festgestellte Quote (bei gleichem Verschulden aller drei Handelnder also jeder ArbN gegenüber dem ArbG auf die Hälfte). Insgesamt erhält der ArbG jedoch nur den Betrag, der dem Anteil an seiner Mitverantwortung entspricht (in unserem Beispiel also $\frac{2}{3}$, sodaß jeder ArbN im Innenverhältnis $\frac{1}{3}$ des Schadens zu tragen hätte) ¹⁰⁵).

b) Überwiegt der neben der Nichterfüllung auftretende Verursachungsbeitrag den anderen an Wichtigkeit und Relevanz,

103) So auch Rother, NJW 1965, 177.

104) Im Erg. auch Rother, aaO; im Innenverhältnis hätte dann jeder ArbN die Hälfte des Schadens zu tragen.

105) Im Erg. auch BGHZ 30, 203; Kleindienst, S. 61 ff.

dann wird es sich im Arbeitsrecht regelmäßig um solche Fälle handeln, in denen der zweite Beitrag den Schaden auch *a l l e i n* bewirkt hätte ^{105a)}. Dann ist schon die Ursächlichkeit der Nichterfüllung in Bezug auf den betreffenden Schaden zu verneinen, der Schaden ist *n u r* durch die Zweitursache entstanden.

3. Zusammenfassung

Bei der kumulativen ist ebenso wie bei der alternativen Kausalität auf die Herkunft der zweiten Ursache abzustellen.

Falls ein Schaden erst durch Zusammentreffen der Nichterfüllung mit einer in den Risikobereich des ArbG fallenden Ursache entsteht, ist dieser Schaden dem ArbN nicht zurechenbar.

Sind die Verursachungsbeiträge zweier oder mehrerer Schädiger gleichermaßen adäquat, haften diese, falls den ArbG kein Mitverschulden trifft, als Gesamtschuldner, ansonsten nach Quoten.

Nicht in den Bereich der kumulativen Kausalität gehören die Fälle, in denen ein Schaden zwar erst durch Hinzutreten einer weiteren Ursache entsteht, jedoch auch durch diese zweite Ursache *a l l e i n* bewirkt worden wäre. Dann mangelt es schon an der Ursächlichkeit der Nichterfüllung.

105a) Beispiel: während der Zeit der Nichterfüllung bricht ein rechtswidriger Streik aus; ein Schaden entsteht erst durch Hinzutreten dieses Streiks.

V. Der Einfluß einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung auf den Schadensersatzanspruch des ArbG

Eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung kann in verschiedener Hinsicht Einfluß auf die Schadensbemessung haben. So wird allgemein angenommen, daß eine ausgesprochene ordentliche Kündigung insofern auf den Kausalverlauf einwirken kann, als das mögliche rechtmäßige Ausscheiden nach Ablauf der Kündigungsfrist hypothetische Ursache sein kann ¹⁰⁶⁾. In gleicher Weise muß ein zugleich mit dem Vertragsbruch mögliches rechtmäßiges Ausscheiden infolge außerordentlicher Kündigung durch den ArbN als alternative Ursache schon von vornherein zu einem Wegfall der Schadensersatzpflicht führen ¹⁰⁷⁾.

Ist eine Kündigung wirklich ausgesprochen worden, können gegen diese Sicht des Problems keine schwerwiegenden Bedenken erhoben werden.

Schwierigkeiten bei der Kausalbetrachtung ergeben sich aber dann, wenn der ArbN nicht an seinem Arbeitsplatz erscheint und eine berechtigte außerordentliche Kündigung oder eine zum nächstzulässigen Termin grundsätzlich mögliche ordentliche Kündigung nicht ausgesprochen hat. Im Interesse des ArbN läge eine Gleichbehandlung auch dieser Fälle, zumal der Ausspruch einer Kündigung jeweils lediglich von seinem Willen abhängt. Das Interesse des ArbG und das der Klarheit des Rechtsverkehrs sprechen dagegen für eine Berücksichtigung allein der wirklich ausgesprochenen Kündigung.

Bei gewissen Schäden, vor allem bei den Kosten für eine Ersatzkraft (z.B. Annoncenkosten, Mehrlohn) treten zusätzliche Komplikationen noch dadurch auf, daß hier schon die Kündigung selbst und nicht erst das rechtmäßige Ausscheiden nach Ablauf der Kündigungsfrist Zweitursache sein kann.

106) Vgl. z.B. BAGE 11.175 und o. § 3 III.

107) Vgl. dazu o. § 2 II.

Kündigt ein ArbN zunächst ordentlich, unmittelbar darauf jedoch unberechtigt fristlos und erscheint er am nächsten Tag nicht mehr an seinem Arbeitsplatz, so wird zwar überwiegend der Vertragsbruch als reale und erst das mögliche rechtmäßige Ausscheiden nach Ablauf der Kündigungsfrist als hypothetische Ursache bezüglich der Annoncenkosten angesehen ¹⁰⁸⁾.

Daß aber bereits die ordentliche Kündigung als solche Ursache sein kann, zeigt sich im Falle der Einhaltung der Kündigungsfrist. Die Kündigung des ArbN veranlaßt den ArbG, die Zeitungsannonce aufzugeben und ist somit *conditio-sine-qua-non* für die entstehenden Kosten; Adäquanz des Schadens ist ebenfalls zu bejahen. Wollte man hier erst das Ausscheiden nach Ablauf der Kündigungsfrist als Ursache ansehen, so gelangte man - falls eine Annonce zu diesem Zeitpunkt bereits aufgegeben war - zu dem Ergebnis, daß die Wirkung *v o r* der Ursache zutage träte.

Das gleiche muß aber gelten, wenn die Kündigungsfrist nicht eingehalten wurde. Allein durch das Hinzutreten des Vertragsbruchs als weitere Ursache kann die Kausalität der Kündigung nicht beseitigt werden.

Für die Kausalbetrachtung kommt es somit darauf an, ob die ordentliche Kündigung *v o r* dem Vertragsbruch (bzw. vor der unberechtigten fristlosen Kündigung), *z u g l e i c h* mit diesem Ereignis oder *n a c h f o l g e n d* ausgesprochen wurde ¹⁰⁹⁾.

Diese Fälle, in denen sich der Schädiger gegenüber einem Schadensersatzanspruch des Geschädigten darauf beruft, daß er den gleichen Schaden auch rechtmäßig habe herbeiführen können, werden allgemein unter dem Begriff des "rechtmäßigen Alternativverhaltens" zusammengefaßt ¹¹⁰⁾. Sie tauchen

108) Vgl. z.B. BAGE 11, 175; BAG BB 1970, 578; vgl. auch BAGE 16, 578, worin das Revisionsgericht der Vorinstanz die Prüfung der Frage aufgibt, ob der ArbN seine Stellung hätte er sie rechtzeitig angetreten - noch vor Aufgabe einer Annonce unter Einhaltung der Kündigungsfrist wieder verlassen hätte.

109) Im Erg. ähnl. Wolf, JuS 1968, 65.

110) Vgl. dazu auch o. I, 3.

im Zivilrecht Überwiegend im Zusammenhang mit dem Fehlen behördlicher Genehmigungen auf und werden dort - wenn auch als Sonderfälle - im Rahmen der hypothetischen Kausalität behandelt ¹¹¹⁾.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich erstmals in seiner bekannten Entscheidung zum Metallerbeiterstreik in Schleswig-Holstein mit der Frage der Berücksichtigung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens beschäftigt ¹¹²⁾. Eine Berufung des Schädigers darauf, daß der gleiche Schaden bei Anwendung eines rechtmäßigen Mittels ebenfalls entstanden wäre, wird dort mit der Begründung abgelehnt, daß die Tat ansonsten sanktionslos sei ¹¹³⁾. Diese aus dem Kollektivarbeitsrecht stammende Entscheidung wird vom BAG seither mit gleicher Begründung auch im Individualarbeitsrecht zur Grundlage der Rechtsprechung in der Frage der Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens gemacht ¹¹⁴⁾.

Daß es nicht Aufgabe des Schadensersatzrechts sein kann, Sanktionen gegen den Schädiger zu verhängen und daß dieser Grundsatz umso mehr im Einzelarbeitsvertragsrecht zu gelten hat, wurde bereits nachgewiesen ¹¹⁵⁾.

Des weiteren erscheint es fraglich, ob die Einhaltung der Friedenspflicht der Gewerkschaften im Kollektivarbeitsrecht ohne weiteres mit einer Einhaltung der Kündigungsfrist durch den ArbN im Individualarbeitsrecht vergleichbar ist. ¹¹⁶⁾.

Zu den zivilrechtlichen Fällen des Handelns ohne behördliche Genehmigung, in denen dem Schädiger in der Regel eine Berufung auf ein mögliches rechtmäßiges Verhalten versagt wird, besteht ohnehin ein gewichtiger Unterschied. Dort wäre

¹¹¹⁾ Vgl.o. S.101, Fn.36.

¹¹²⁾ BAGE 6,321 (376 ff.).

¹¹³⁾ AaO S.377.

¹¹⁴⁾ Vgl.zul. BAG BB 1970,578.

¹¹⁵⁾ Vgl.o. § 3 IV.

¹¹⁶⁾ Vgl.auch Esser, § 46 IV, 2, der in Anlehnung an das BAG ein rechtmäßiges Alternativverhalten dann nicht berücksichtigen will, wenn "Verfahrensregeln" nicht eingehalten wurden.

die behördliche Genehmigung zwar zu erlangen gewesen; sie war jedoch im Zeitpunkt der Schädigung nicht vorhanden, sodaß der Richter bei seiner Entscheidung über den Schadensersatzanspruch diese Genehmigung letztlich fingieren mußte ¹¹⁷⁾.

Hier dagegen ist die Kündigung allein vom Willen des ArbN selbst abhängig, sodaß in dieser Hinsicht gegen eine Fiktion nichts eingewendet werden kann.

Die Entscheidung der Frage, ob ein mögliches rechtmäßiges Verhalten des Schädigers berücksichtigt werden kann, hat auch im Arbeitsrecht im Rahmen der Schadenszurechnung zu erfolgen.

Da eine Adäquanz des Vertragsbruchs grundsätzlich gegeben sein wird, kann die Zurechnung nicht aus diesem Grunde entfallen.

Zweifelhaft erscheint auch, ob die Lehre vom Schutzzweck der verletzten Norm im vorliegenden Fall zu brauchbaren Ergebnissen führen kann ¹¹⁸⁾. So wird im neueren Schrifttum mitunter versucht, das rechtmäßige Alternativverhalten als Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs und damit des Schutzzwecks der verletzten Norm zu sehen ¹¹⁹⁾.

Nun besteht aber die eigentliche Bedeutung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs darin, daß solche Verletzungsfolgen, die nicht im Schutzbereich der übertretenen Norm liegen, aus der Verantwortlichkeit des Haftenden herausgenommen werden ¹²⁰⁾. Eine Einordnung des rechtmäßigen Alternativverhaltens unter diesen Problemkreis ließe sich nur dadurch

¹¹⁷⁾ Vgl. Niederländer, AcP 153, 69.

¹¹⁸⁾ Vgl. dazu neuerdings Larenz I (10. Aufl.), § 27 III b (S. 324): die Zurechnung von Schadensfolgen zum Verantwortungsbereich des Schädigers könne trotz Vorliegens eines "natürlichen" Kausalzusammenhangs ausgeschlossen sein, wenn entweder die Adäquanz fehle oder der Schutzzweck der verletzten Norm dies erfordere oder wenn sonstige Gründe vorlägen, insbesondere wenn der "innere Zusammenhang" zwischen Haftungsgrund und Schadensfolge fehle.

¹¹⁹⁾ So vor allem Esser, § 46 IV, 2.

¹²⁰⁾ Vgl. Esser, aaO.

rechtfertigen, daß man ein solches Verhalten als rechtfertigende Gegennorm betrachtet ¹²¹⁾. Letztlich ist aber auch diese Auffassung nicht in der Lage, allgemeingültige Grundsätze zur Lösung des vorliegenden Problems aufzustellen.

Wäre ein bestimmter Schaden (z.B. die Annoncenkosten) auch als Folge eines rechtmäßigen Verhaltens des ArbN - hier infolge eines Ausscheidens nach ordentlicher oder außerordentlicher Kündigung - entstanden, so entfällt die Zurechnung deshalb, weil es an dem "inneren Zusammenhang" zwischen Haftungsgrund und Schadensfolge fehlt ¹²²⁾.

Erfolgte der Ausspruch der ordentlichen Kündigung oder der berechtigten außerordentlichen Kündigung **z u g l e i c h** mit dem Vertragsbruch, so hätte der ArbG auch ohne Vertragsbruch das Risiko der Entstehung des betreffenden Schadens zu tragen. Das gleiche gilt, wenn die Kündigung zwar nach dem Vertragsbruch, aber noch vor Eintritt des Schadens ausgesprochen wurde; dann handelt es sich um eine zu berücksichtigende hypothetische Ursache. Im Ergebnis kommen damit die oben unter II und III entwickelten Grundsätze zur Anwendung ¹²³⁾. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eine ordentliche Kündigung stets nur zum nächstmöglichen Termin ausgesprochen werden kann. Diese Tatsache ist vor allem bei längeren Kündigungsfristen von Bedeutung ¹²⁴⁾. Durch eine Überschreitung des jeweiligen Termins kann der Kausalverlauf, auf den sich der ArbN berufen will, erheblich beeinflußt werden ¹²⁵⁾.

121) So Esser, aaO.

122) Vgl. dazu o. Fn. 118.

123) Vgl. auch LAG Baden-Württemberg DB 1965, 1672: "Bei der Berechnung des Schadens, der dem ArbG aus der Nichteinhaltung von Kündigungsfrist und -termin durch den ArbN entsteht, sind die Nachteile, die dem Unternehmer auch bei fristgemäßer Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohnehin erwachsen, zu berücksichtigen".

124) Z.B. bei der gesetzlichen Frist von sechs Wochen zum Ende des Kalendervierteljahres (vgl. § 626 BGB).

125) Beispiel: Vertragsbruch am 20. Februar und ordentliche Kündigung am gleichen Tage; diese könnte nur zum 30. Juni erfolgen, falls die gesetzliche Frist eingreift.

Wurde eine Kündigung im Einzelfall vom ArbN *n i c h t* ausdrücklich ausgesprochen, so muß sich dieser gleichwohl darauf berufen können, daß ein bestimmter Schaden auch bei einem ihm *m ö g l i c h e n* rechtmäßigen Verhalten entstanden wäre ¹²⁶⁾. Dies folgt einmal aus der dem Arbeitsverhältnis innewohnenden Kündigungsmöglichkeit und zum anderen daraus, daß der ArbG sonst unter Umständen des Arbeitsverhältnis bereits durch eine fristlose Kündigung von seiner Seite beenden könnte ¹²⁷⁾.

Bei einem zugleich mit dem Vertragsbruch möglichen rechtmäßigen Ausscheiden infolge möglicher berechtigter fristloser Kündigung seitens des ArbN ist die alternative Ursache entweder tatsächlich eingetreten ¹²⁸⁾ oder es steht zumindest fest, daß sie mit Sicherheit eingetreten wäre ¹²⁹⁾.

Bei einem möglichen rechtmäßigen Ausscheiden nach Ablauf der Kündigungsfrist ist das hypothetische oder alternative Ereignis regelmäßig dadurch eingetreten, daß im Vertragsbruch eine ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin zu sehen ist. Eine Nichtberücksichtigung der möglichen rechtmäßigen Verurteilung liefe hier im Ergebnis stets auf eine Bestrafung des ArbN für die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist hinaus.

Wenn einmal feststeht, daß der ArbN einen bestimmten Schaden in gleicher Weise durch ein ihm mögliches rechtmäßiges Verhalten hätte herbeiführen können, läßt sich eine Haftung in der Tat *n u r* mit Hilfe des Sanktionsgedankens begründen ¹³⁰⁾. Eine Sanktion kann im vorliegenden Fall aber einzig und allein durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist geschaffen werden ¹³¹⁾.

¹²⁶⁾ AA z.T. Zeuner, AcP 157, 452; Grunsky, JZ 1966, 274.

¹²⁷⁾ Vgl. dazu auch o. § 3 III.

¹²⁸⁾ So z.B. wenn im Vertragsbruch eine fristlose Kündigung gesehen werden kann.

¹²⁹⁾ So z.B. dann, wenn der ArbN den Grund zur fristlosen Kündigung nicht kannte oder der ArbG durch eine fristlose Kündigung dem ArbN zugekommen ist.

¹³⁰⁾ So aber BAG BB 1970, 578.

¹³¹⁾ Vgl. dazu auch o. § 3 IV und u. § 9 II.

Die gegen den hier aufgezeigten Lösungsweg vorzubringenden Bedenken, etwa daß sich der ArbN durch den gleichzeitigen Ausspruch einer ordentlichen Kündigung von seiner durch den Vertragsbruch begründeten Ersatzpflicht stets befreien könnte, erscheinen nur auf den ersten Blick gravierend.

In anderem Zusammenhang wurde bereits aufgezeigt, daß ein entgangener Gewinn nicht zu ersetzen ist, wenn er tatsächlich nicht entgangen ist, etwa weil die Arbeit des fehlenden ArbN mitverrichtet wurde ¹³²⁾. Ebenso kann es nicht von vornherein unbillig sein, daß die Kosten für eine Annonce oder sonstige Kosten nicht zu ersetzen sind, wenn sie auch ohne Vertragsbruch entstanden wären. In der Praxis werden letztere Fälle schon deshalb selten auftreten, weil den ArbN die Beweislast dafür trifft, daß der betreffende Schaden auch bei Einhaltung der Kündigungsfrist entstanden wäre ¹³³⁾. Steht im Einzelfall fest, daß bei ordentlicher Kündigung und Einhaltung der Kündigungsfrist der gleiche Schaden entstanden wäre, wie er nun infolge des Vertragsbruchs entstanden ist, so erscheint eine Tragung dieser Kosten durch den ArbG durchaus billig.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich der ArbN grundsätzlich darauf berufen kann, daß der durch den Vertragsbruch hervorgerufene Schaden auch bei ordentlicher Kündigung und Einhaltung der Kündigungsfrist oder bei möglicher berechtigter fristloser Kündigung entstanden wäre.

¹³²⁾ Vgl.o. § 3 II, 2 c,d zur Problematik d.hypoth.Schadens.

¹³³⁾ Vgl.dazu u.§ 7; von einem solchen Nachweis ist der ArbN natürlich befreit, wenn der ArbG zugesteht, daß der Schaden auch bei Einhaltung der Kündigungsfrist entstanden wäre (so z.B. in BAG BB 1970,578).

VI. Ergebnis

Im Verlauf der Untersuchung hat sich gezeigt, daß die Grundsätze, die sich im Zivilrecht zur Lösung der Kausalitätsprobleme herausgebildet haben, im Arbeitsrecht nur beschränkt verwendbar sind. Dies liegt einmal daran, daß diese Problematik im Zivilrecht fast ausschließlich am Beispiel der Sach- und Personenschäden erörtert wird und die Lösungen daher auf dieses spezielle schadensersatzrechtliche Teilgebiet zugeschnitten sind. Zum anderen steht hinter einer großen Anzahl von zivilrechtlichen Lösungsvorschlägen - wenn auch oft unausgesprochen - der Gedanke einer Sanktion gegen den Schädiger, so insbesondere in denjenigen Fällen, in denen ein Dritter für die Zweitursache verantwortlich ist.

Die Frage der Berücksichtigung hypothetischer, alternativer oder kumulativer Ursachen muß im Arbeitsrecht unter Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips gelöst werden. Eine Bestrafung des ArbN für seinen Vertragsbruch ist daher von vornherein ausgeschlossen.

Unter Beachtung dieses Ausgangspunktes führt eine Aufteilung der Zweitursachen nach ihrer *R e c h t s z u s t ä n d i g k e i t* zu brauchbaren Ergebnissen. Eine hiernach in den Risikobereich des ArbG fallende Zweitursache hat grundsätzlich eine Tragung des gesamten Schadens durch den ArbG zur Folge.

Im Rahmen der hypothetischen Kausalität folgt aus dem Schutzprinzip, daß *n a c h* dem Vertragsbruch auftretende Reserveursachen stets dann zu berücksichtigen sind, wenn sie letztlich noch *v o r* Eintritt des Schadens relevant werden. Dies bedeutet bei Verantwortlichkeit eines Dritten für die hypothetische Ursache, daß der *n a c h* Eintritt des Dritten in den Kausalverlauf entstehende Schaden möglicherweise *a u c h* dem Dritten zurechenbar ist.

Die Untersuchung der alternativen Kausalität hat schließlich gezeigt, daß nur eine *g e t r e n n t e* Betrachtung

tung der einzelnen Verursachungsbeiträge nach Gewichtigkeit und Relevanz zu gerechten Ergebnissen führt. Dies hat zur Folge, daß eine Ursächlichkeit der Nichterfüllung schon von vornherein entfällt, wenn die zweite Ursache einen Schaden herbeigeführt hat, der durch die Nichterfüllung allein nie hätte herbeigeführt werden können. Im übrigen haften ArbN und Dritter grundsätzlich als Gesamtschuldner.

Als weiteres Teilergebnis wurde festgestellt, daß sich der ArbN stets auf ein ihm mögliches rechtmäßiges Verhalten berufen kann. Derjenige Schaden, der auch bei möglicher berechtigter fristloser oder bei ordentlicher Kündigung und Einhaltung der Kündigungsfrist entstanden wäre, ist daher im Ergebnis vom ArbG zu tragen.

Überblickt man die Problematik des Kausalzusammenhangs im Arbeitsrecht abschließend, so läßt sich sagen, daß zwischen den einzelnen Kausalitätsfiguren - vom Ergebnis her gesehen - keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen.

Greift die zweite Ursache in den Kausalverlauf ein, bevor ein Schaden entstanden ist, so ist es letztlich gleichgültig, ob man hypothetische oder alternative Verursachung annimmt.

Auch falls die Zweitursache in den Risikobereich des ArbG fällt, muß dieser den Schaden bei hypothetischer Verursachung ebenso tragen wie bei alternativer oder kumulativer.

§ 5. Verschulden des ArbN

Der ArbN hat im Falle der Nichterfüllung der Arbeitspflicht sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit zu vertreten (vgl. § 276 BGB) ¹⁾. Eine Unterscheidung nach dem Grad des Verschuldens ist in der Regel nicht erforderlich, da der ArbN für beide Schuldformen gleichermaßen einzustehen hat ²⁾. Sie wird jedoch dann bedeutsam, wenn eine Haftung für Fahrlässigkeit abbedungen wurde (vgl. § 276 II BGB) oder wenn beispielsweise nur für den Fall eines (vorsätzlichen) Vertragsbruchs eine Vertragsstrafe vereinbart wurde. Auf eine Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit kann daher nicht verzichtet werden.

Eine v o r s ä t z l i c h e Pflichtverletzung des ArbN durch Nichterfüllung liegt dann vor, wenn er sich "den Erfolg seines Handelns vorgestellt und ihn in Kenntnis der Pflichtwidrigkeit seiner Herbeiführung dennoch in seinen Willen aufgenommen" hat ³⁾. Dabei genügt es, daß er den Erfolg als mögliche Folge seines Verhaltens gebilligt hat. Der ArbN handelt nie vorsätzlich, wenn er sich in einem Rechtsirrtum befindet ⁴⁾, denn das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit gehört insofern zum Vorsatzbegriff des bürgerlichen Rechts ⁵⁾. Nur so läßt sich der mit dem Begriff "Vorsatz" im Gesetz verbundene stärkere Schuldvorwurf ein-

1) Vgl. Nikisch, S. 274; Schaub, DB 1966, 1187.

2) Die zur Frage der Haftungsminderung bei gefahrgeneigter Tätigkeit entwickelten Grundsätze sind auf die Fälle der Nichterfüllung nicht anwendbar.

3) Vgl. z. B. Larenz I, S. 206.

4) So z. B. bei irriger Annahme eines Grundes zur fristlosen Kündigung.

5) HM; vgl. Larenz I, S. 206; Blomeyer, § 24 II, 2 b; Schmidt bei Soergel-Siebert, § 276, Anm. 6 ff.; aa Nipperdey in Enneccerus-Nipperdey, S. 1302 ff., der die im Strafrecht herrschende Schuldtheorie in das Zivilrecht einführen will; nach dieser Auffassung läge bei Bestehen eines Rechtsirrtums stets eine vorsätzliche Pflichtverletzung vor, da der ArbN "in Kenntnis der Tatumsstände", hier des bestehenden Arbeitsvertrags, seinen Arbeitsplatz verließ.

leuchtend begründen.

Der ArbN handelt f a h r l ä s s i g , wenn er die "im Verkehr erforderliche Sorgfalt" außer acht läßt (§ 276 I S.2 BGB). Nach dem von der im Zivilrecht herrschenden Meinung vertretenen objektivierten oder typisierten Fahrlässigkeitsmaßstab kommt es dabei auf die typischen Kenntnisse und Fähigkeiten eines Angehörigen dieser Gruppe an, darüber hinaus aber auch auf die erhöhten Fähigkeiten gerade des Betreffenden ⁶⁾.

Die Unkenntnis einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht begründet einen Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber dem ArbN im allgemeinen dann, wenn sie auf mangelnder Sorgfalt in der Beurteilung beruht. Der ArbN muß in diesem Zusammenhang auch für ihn ungünstige Gerichtsentscheidungen beachten und sich bei geeigneten Stellen Klarheit über die bestehende Rechtslage zu verschaffen versuchen, bevor er seinen Arbeitsplatz verläßt ⁷⁾. Eine Pflichtunkenntnis wird demnach in aller Regel - ebenso wie ein Rechtsirrtum sonstiger Art - auf Fahrlässigkeit beruhen ⁸⁾. Ist die Rechtslage zweifelhaft, handelt der ArbN auf eigene Gefahr, also regelmäßig fahrlässig ⁹⁾.

Ein zum Schadensersatz verpflichtendes, zu vertretendes Nichtleisten des ArbN ist dann zu verneinen, wenn es durch die Erfüllung höherer Pflichten bedingt war ¹⁰⁾. Hierher

6) Vgl.BGHZ 24,27; 39,281; Oertmann, § 276, Anm.1 b; Blo-meyer, § 24 II, 3; Schmidt bei Soergel-Siebert, § 276, Anm.14 ff.

7) Vgl.dazu auch RGZ 110,17; BGH NJW 1951,398; Larenz I, S.210 ff.

8) Im Erg.auch BAG NJW 1968,221.

9) Vgl.Staudinger-Nipperdey-Mohlen-Neumann, § 611, Anm.139.

10) Hueck-Nipperdey, S.221; genaugenommen ist bei diesen Fällen die Rechtswidrigkeit des Handelns des ArbN ausgeschlossen; da es beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung jedoch nur auf das Vertretenmüssen ankommt, taucht die Frage der Rechtswidrigkeit überhaupt nicht auf.

gehören die Fälle eines Fehlens auf Grund gerichtlicher Ladung, auf Grund der Erfüllung politischer oder religiöser Pflichten, schwerer Krankheit oder Todesfalls in der Familie. Ein Vertretenmüssen liegt weiter nicht vor in den Fällen eigener Hochzeit, erforderlichen Arztbesuchs während der Arbeitszeit, eines Fehlens wegen Teilnahme an Betriebsversammlungen oder im Falle einer Betriebsrätstätigkeit¹¹⁾ oder eines bestehenden Leistungsverweigerungsrechts¹²⁾.

Kein befreiender Umstand ist dagegen die Teilnahme an Vereinsfeierlichkeiten, Ausflügen oder Familienfestlichkeiten¹³⁾.

Ist der ArbN seine Arbeitsunfähigkeit schuldhaft herbeigeführt, so ist problematisch, wann er diesen Zustand im Rahmen der Schadensersatzpflicht zu vertreten hat¹⁴⁾. Da der ArbN dem ArbG gegenüber nicht verpflichtet ist, sein ganzes Privatleben in den Dienst der Erhaltung seiner Arbeitskraft zu stellen, liegt auch in einem grobfahrlässigen, die Arbeitsunfähigkeit herbeiführenden Verhalten noch keine Verletzung der Arbeitspflicht¹⁵⁾. Der ArbN ist in diesem Falle zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung vielmehr nur dann verpflichtet, wenn er die Arbeitspflicht v o r - s ä t z l i c h herbeigeführt hat.

Hinsichtlich des Vertretenmüssens des ArbN sind also die allgemeinen Verschuldensvorschriften des bürgerlichen Rechts heranzuziehen. Ein Grund zum Abweichen von diesem Maßstab ist bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht nicht ersichtlich.

11) Vgl. § 37 BetrVerfG.

12) Zu der umstrittenen Frage, ob bereits das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts oder erst die Geltendmachung den Schuldner von den Folgen seiner Handlung befreit, vgl. Larenz I, S. 255 f.

13) Hueck-Nipperdey, S. 332.

14) Das hier zu prüfende Verschulden des ArbN ist nicht identisch mit dem Begriff des Verschuldens des § 646 BGB, da bei der Lohnfortzahlungspflicht des ArbG auch der Fürsorgegedanke eine Rolle spielt - vgl. Hueck-Nipperdey, S. 332.

15) So auch Hueck-Nipperdey, S. 331.

§ 6. Mitverschulden des ArbG nach § 254 BGB

Die Ersatzpflicht des ArbN kann fortfallen oder gemindert sein, wenn der ArbG für den entstandenen Schaden mitverantwortlich ist. Eine solche Mitverantwortung kann sich sowohl daraus ergeben, daß der ArbG bei der Entstehung des Schadens in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat (§ 254 I BGB) als auch daraus, daß er es unterlassen hat, einen drohenden Schaden abzuwenden oder einen bereits eingetretenen Schaden zu mindern (§ 254 II BGB). Während sich der Absatz 1 des § 254 BGB auf den haftungsbegründenden Vorgang - hier die Nichterfüllung - bezieht, betrifft Absatz 2 den auf die Nichterfüllung folgenden Abschnitt ¹⁾.

Ein Mitverschulden des Geschädigten ist nach allgemeiner Ansicht auch beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung ²⁾, beim Ersatz des Verzugsschadens ³⁾ sowie auch beim Schadensersatzanspruch aus § 628 II BGB ⁴⁾ zu berücksichtigen.

Während im Gemeinen Recht nach dem Grundsatz der "Culpakompensation" eine Haftung des Schädigers ganz entfiel, wenn ein Verschulden des Geschädigten zum Schadenserfolg beigetragen hatte ⁵⁾, gestattet die weitaus elastischere Regelung des § 254 BGB eine gerechte Abstufung der Schadenshöhe nach dem Grad der Verantwortlichkeit des Geschädigten. Die Frage, ob neben dieser Verschuldensabwägung eine selbstständige Verurteilungsabwägung stattzufinden hat, kann hier nicht weiter verfolgt werden ⁶⁾. Grundsätzlich wird eine Verschuldensabwägung allein schon zu gerechten Ergebnissen führen, da letztlich stets die Vorwerfbarkeit des Verhal-

1) Vgl. Venzmer, S. 117.

2) RGZ 149, 138; BGH NJW 1957, 217; Ventmer, S. 219.

3) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 286, Anm. 2 b.

4) RG DR 1941, 201.

5) Allerdings mit Ausnahme eines vorsätzlichen oder arglistigen Handelns des Schädigers - vgl. Enneccerus-Lehmann, S. 76.

6) Zum Meinungsstand vgl. die ausführliche Darstellung bei Rother, S. 45, Fn. 2.

tens des Geschädigten der für eine billige Verteilung des Schadens ausschlaggebende Umstand ist ⁷⁾.

Unter "Verschulden" im Sinne des § 254 BGB ist ein über das Verschulden nach § 276 BGB hinausgehender Begriff zu verstehen, der auch ein "Verschulden in eigener Angelegenheit" ⁸⁾, ein "Verschulden gegen sich selbst" ⁹⁾ einschließt.

Das Mitverschulden des ArbG richtet sich damit nicht gegen den schädigenden ArbN, sondern gegen seine eigene Person. Sein Verhalten braucht in diesem Zusammenhang weder objektiv noch subjektiv rechtswidrig zu sein; es findet vielmehr deshalb die Mißbilligung des Gesetzes, weil er es unterlassen hat, das zu tun, "was nach der durchschnittlichen Beobachtung ein vernünftiger Mensch im eigenen Interesse getan haben würde" ¹⁰⁾. Allerdings ist hier die Einschränkung erforderlich, daß nicht die Vernachlässigung der eigenen Belange als solche vom Recht mißbilligt wird, - sie kann aus sich selbst heraus Rechtsfolgen nicht nach sich ziehen ¹¹⁾ - sondern daß dieser Umstand erst im Zusammenhang mit der späteren Geltendmachung eines zu hohen Schadensersatzanspruchs gegen den Schädiger an Bedeutung gewinnt. Da eine Selbstschädigung grundsätzlich erlaubt ist, wird das "Verschulden" des Geschädigten erst in dem Augenblick bedeutsam, in dem er ungeachtet der eigenen Mitverursachung und im Bewußtsein der eigenen Mitwirkung vom

7) Vgl. Schmidt bei Soergel-Siebert, § 254, Anm. 7; Rother, S. 78; Titze, S. 135.

8) Rother, S. 125.

9) Zitelmann, S. 166.

10) Zitelmann, aaO; ähnl. die hL und Rspr., vgl. z. B. auch v. Tuhr, S. 93, Anm. 2: "Wenn das Gesetz in § 254 von einem Verschulden des Beschädigten spricht, so meint es damit ein unvernünftiges und daher gemißbilligtes Verhalten, welches, wenn es sich um fremde Angelegenheiten handelte, Verschulden wäre". Vgl. hierzu im übrigen die Zusammenstellung bei Rother, S. 83, Fn. 1 und 2.

11) So zutr. Reimer Schmidt bei Soergel-Siebert, § 254, Anm. 17.

Schädiger den vollen Schadensersatz verlangt. Dann steht der Grundsatz von Treu und Glauben in seiner besonderen Ausprägung als Verbot des venire contra factum proprium dem Anspruch des Geschädigten entgegen¹²⁾.

Anders ausgedrückt bedeutet dies, daß für den ArbG gegenüber dem ArbN die Pflicht besteht, den durch zurechenbares eigenes Verhalten verursachten Teil des Schadens selbst zu tragen¹³⁾.

Ein "Verschulden gegen sich selbst" ist mitunter zugleich ein Verschulden gegen den Schädiger, nämlich dann, wenn es einen Verstoß gegen gewisse allgemeine Verhaltensvorschriften umschließt, die sowohl zum Schutze des Betroffenen selbst als auch zum Schutze anderer erlassen sind¹⁴⁾.

Das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, wie Meister, Abteilungsleiter oder Betriebsleiter hat der ArbG wie sein eigenes zu vertreten (vgl. § 254 II S.2 BGB). Dies gilt nach einhelliger Auffassung auch für ein Mitverschulden nach § 254 I BGB, wenn die Schadensverursachung wie hier im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses erfolgt.

I. Mitverschulden des ArbG bei der Entstehung des Schadens

Ein Mitverschulden des ArbG an der Entstehung des Schadens stellt sich - da es sich auf den haftungsbegründenden Vorgang bezieht - genseugenommen als ein Mitverschulden an der Nichterfüllung des ArbN dar. Es kann nach der Vorschrift

12) Diese schon von H.A.Fischer (Die Rechtswidrigkeit, S.176) und Leonhard (Schuldrecht, S.184 f.) vertretene Ansicht wird heute in der Literatur zumindest als teilweise und zusätzliche Begründung anerkannt - vgl. z.B. Lorenz I, S.369 f.; Staudinger-Werner, § 254, Anm.27; Reimer Schmidt bei Soergel-Siebert, § 254, Anm.19.

13) So z.B. Palandt-Danckelmann, § 254, Anm.2 a.

14) Lorenz I, § 31 I a; Enneccerus-Nipperdey, S.1326, Anm.35; Rother, S.125 f.

des § 254 I BGB zu einer Minderung oder zu einem Wegfall der Ersatzpflicht des ArbN führen.

Das Verhalten des ArbG erweist sich nach dem oben Gesagten dann als ein Verschulden gegen sich selbst, wenn er das zu tun unterlassen hat, was ein vernünftiger Mensch im eigenen Interesse getan haben würde, um eine Nichterfüllung zu verhindern. Anders ausgedrückt, muß das Verhalten des ArbG derart unvernünftig und zu mißbilligen sein, daß es - wenn es sich um fremde Angelegenheiten handelte - Verschulden wäre.

In der Regel wird ein Verschulden des ArbG "in eigener Angelegenheit" in der Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsvertrag bestehen; dann ist es zugleich ein Verschulden gegen den ArbN.

Der Grad des Mitverschuldens richtet sich nach der Schwere der vom ArbG begangenen Pflichtverletzung.

1. Stellt sich das Verhalten des ArbG lediglich als Verletzung einer *N e b e n p f l i c h t* aus dem Arbeitsvertrag dar, die für das synallagmatische Verhältnis von keiner oder nur von untergeordneter Bedeutung ist, so wird die Schadensersatzpflicht des ArbN davon regelmäßig nicht berührt ¹⁵⁾.

Erscheint der ArbN nicht mehr zur Arbeit, etwa weil ihn der ArbG auch außerhalb der vereinbarten Zeit oder auch mit nicht vereinbarten Arbeitsleistungen beschäftigt hat oder weil geringfügige Mängel des Arbeitsplatzes ihn dazu bewegen, so ist darin nicht ohne weiteres ein Mitverschulden des ArbG an der Entstehung des Schadens zu sehen ¹⁶⁾. Hier ist es dem ArbN vielmehr zuzumuten, sich zunächst mit dem ArbG zwecks Behebung dieser Mängel in Verbindung zu setzen ¹⁷⁾.

15) Vgl. BAG NJW 1968, 221; Larenz I, S. 264.

16) BAG AP Nr. 1 zu § 276 BGB, Vertragsbruch; BAG NJW 1968, 221.

17) BAG aaO.

2. Ist das Verhalten des ArbG dagegen als eine so schwerwiegende Verletzung einer *wesentlichen* Pflicht aus dem Arbeitsvertrag anzusehen, daß der ArbN aus diesem Grunde hätte fristlos kündigen können, so entfällt bei einer Nichterfüllung durch den ArbN ein Schadensersatzanspruch des ArbG überhaupt ¹⁸⁾. Um ein Problem des Mitverschuldens handelt es jedoch nur dann, wenn zwischen dem Verhalten des ArbG und der Nichterfüllung ein innerer Zusammenhang besteht ¹⁹⁾. Im übrigen gehören diese Fälle in den Bereich des "rechtmäßigen Alternativverhaltens" ²⁰⁾.

3. Als Fälle, in denen ein Mitverschulden des ArbG bei der Entstehung des Schadens regelmäßig eine Minderung des Schadens herbeiführt, bleiben sonach diejenigen übrig, in denen das Verhalten des ArbG die Verletzung einer Hauptpflicht oder einer für das synallagmatische Verhältnis bedeutsamen Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag darstellt, dem ArbG aber keinen Grund zur fristlosen Kündigung gibt. Bleibt der ArbN in einem solchen Fall der Arbeit fern, etwa nach einer vermeintlich berechtigten fristlosen Kündigung, so kann seine Ersatzpflicht gemindert sein. Ein gänzlicher Fortfall der Ersatzpflicht wegen "fehlender eigener Vertragstreue" des ArbG kommt regelmäßig nicht in Betracht ²¹⁾. Eine Vertragsuntreue des ArbG gibt dem ArbN - falls ihm nicht gleichzeitig ein Zurückbehaltungsrecht zusteht - noch keinen "Freibrief", seinerseits den Vertrag zu verletzen ²²⁾.

18) Vgl.dazu auch o. S.22 f.

19) Beispiel: der ArbG beleidigt den ArbN so schwer, daß der ArbN aus diesem Grunde fristlos kündigen könnte; gleichwohl erscheint er ohne Ausspruch der Kündigung nicht an seinem Arbeitsplatz.

20) Z.B. dann, wenn der ArbN nicht weiß, daß er einen Grund zur fristlosen Kündigung hat und zwischen dem Kündigungsgrund und der Nichterfüllung kein Zusammenhang besteht.

21) Vgl.aber RGZ 149,404; 152,123; BAG SAE 1967,77.

22) Canaris, SAE 1967,77

II. Schadensabwendungs- und -minderungspflicht des ArbG

Die Pflicht des ArbG, den vom ArbN zu ersetzenden Schaden möglichst gering zu halten, folgt im Arbeitsrecht schon aus dem das ganze Arbeitsrecht beherrschenden arbeitsrechtlichen Schutzprinzip. Sie besteht jedoch gleichwohl nicht schlechthin, sondern nur im Rahmen des "billigerweise Zumutbaren unter Berücksichtigung von Treu und Glauben"; überobligationsmäßige Leistungen können nicht verlangt werden²³⁾. Bei der Ausfüllung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist nun allerdings der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes zu berücksichtigen, sodaß im Ergebnis höhere Anforderungen an die Schadensabwendungs- und -minderungspflicht des ArbG zu stellen sind als im bürgerlichen Recht schlechthin an einen Geschädigten.

Die in § 254 II BGB statuierte Pflicht des geschädigten ArbG besteht unabhängig von der Schwere des Verschuldens des schädigenden ArbN, also auch, wenn dieser vorsätzlich gehandelt hat²⁴⁾.

Die Frage nach der Schadensabwendungs- und -minderungspflicht stellt sich bei Nichterfüllung des ArbN vor allem in der Weise, daß zu entscheiden ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der ArbG die liegengebliebene Arbeit selbst zu verrichten hat oder eine Verrichtung zu veranlassen hat. Sie erscheint auch, wenn es um die Suche einer Ersatzkraft geht, und zwar im Hinblick sowohl auf eine Pflicht zur Suche als auch auf eine Schadensminderung bei der Suche selbst.

Diese Fragen sind bereits unter dem Gesichtspunkt der **B e r e c h t i g u n g** eines Schadensersatzanspruchs des ArbG untersucht worden und sollen hier nun unter dem Gesichtspunkt einer **V e r p f l i c h t u n g** des ArbG zur Schadensminderung betrachtet werden.

23) Vgl. BAG NJW 1968, 221; Larenz I, S. 372; BGHZ 3, 49.

24) Vgl. BGH VersR 1964, 94.

1. Pflicht zur Verrichtung der liegengebliebenen Arbeit

Diese Pflicht trifft ihrem Wesen nach nur den ArbG als Vertragspartner des nichterfüllenden ArbN, nicht jedoch beispielsweise die Kollegen des betreffenden ArbN. Der ArbG kann sie jedoch im Rahmen seines Weisungsrechts auf andere ArbN "abwälzen". Soweit eine Übertragung der Schadensminderungspflicht im Einzelfall nicht möglich ist, etwa weil sie außerhalb des Weisungsrechts liegt, kann nur der ArbG selbst zur Verrichtung verpflichtet sein.

Da auf die *Z u m u t b a r k e i t* abzustellen ist, spielt die Frage, welcher Art die zu verrichtende Arbeit ist und ob der ArbG auch sonst hin und wieder zugreift oder gar selbst mitarbeitet, eine große Rolle. Unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsüblichkeit eines Einspringens des ArbG für den fehlenden ArbN können in manchen Betrieben und Branchen höhere Anforderungen an die Zumutbarkeit gestellt werden. Auch dann, wenn im Verhältnis zum erforderlichen Arbeitsaufwand ein relativ hoher Schaden einzutreten droht, wird eine Verrichtung eher erforderlich sein, als dann, wenn der Schaden nur gering wäre.

Erfordert die Mitverrichtung nur einen unwesentlichen Mehraufwand an Zeit und Arbeitskraft, ist eine Zumutbarkeit in der Regel gegeben.

Kann der ArbG die liegengebliebene Arbeit schon aus technischen Gründen nicht mitverrichten ²⁵⁾, so entfällt eine Verpflichtung dazu von vornherein.

2. Pflicht zur Suche einer Ersatzkraft

Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 254 II BGB ergibt sich zunächst, daß eine solche Pflicht nur dann bestehen kann, wenn die Gewinnungskosten und der Mehrlohn der

25) So kann z.B. der Chirurg während der Operation nicht gleichzeitig die Handreichungen einer Operationschwester verrichten.

Ersatzkraft niedriger sind als der Schaden, der ohne Einstellung der Kraft entstanden wäre ²⁶⁾.

Auch die Lösung dieser Frage ergibt sich aus dem Grundsatz, daß eine Pflicht zur Schadensminderung nur im Rahmen des "billigerweise Zumutbaren unter Berücksichtigung von Treu und Glauben" besteht.

Da die Suche einer Ersatz- oder Aushilfskraft in der Regel ohne größeren Zeitaufwand geschehen kann und der ArbN ohnehin zur Tragung der Kosten verpflichtet ist ²⁷⁾, ist sie dem ArbG grundsätzlich zumutbar. Im Einzelfall kann die Zumutbarkeit zu verneinen sein, wenn eine unklare Rechtslage besteht und der ArbG bei berechtigtem Fernbleiben des ArbN eine Ersatzkraft nicht eingestellt hätte. Der ArbG muß sich also nicht stets so verhalten, wie wenn kein schadensersatzpflichtiger Schädiger vorhanden wäre. Ein Geschädigter, der seinen Schaden selbst zu tragen hat, wird aber oft weit größere Einschränkungen in Kauf nehmen als einer, der seinen Schaden von einem Dritten ersetzt bekommt. Das Risiko eines unberechtigten Fernbleibens muß im Ergebnis der ArbN tragen, der dann bei Nichteinstellung einer Ersatzkraft auch den unter Umständen höheren Schaden zu tragen hat.

3. Schadensminderung bei der Suche einer Ersatzkraft

Die gesetzliche Regelung des § 254 II BGB besagt allgemein, daß der ArbG bei der Suche einer Ersatzkraft die dadurch entstehenden Kosten in angemessenen Grenzen zu halten hat. Neben der Aufgabe einer Zeitungsannonce steht ihm noch die Möglichkeit einer Anfrage beim Arbeitsamt offen.

Diese letztere Möglichkeit ist jedoch unter den derzeitigen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt zur kurzfristigen Beschaffung einer Arbeitskraft im allgemeinen nicht ausrei-

26) Zu beachten ist hier, daß der ArbG unabhängig von der Höhe dieser Kosten berechtigt ist, eine Ersatzkraft einzustellen, da es sich um Herstellungskosten handelt - vgl. dazu o. S. 38 f.

27) Vgl. o. § 3 II 1 a.

chend. Deshalb kann ein ArbG in der heutigen Zeit ohne weiteres davon ausgehen, daß eine Zeitungsannonce als übliches und erfolgversprechendes Mittel zur Ausfüllung eines leeren Arbeitsplatzes angesehen wird ²⁸⁾.

Vor Aufgabe einer Annonce ist es dem ArbG jedoch zuzumuten, beim Arbeitsamt nachzufragen, ob eine für ihn geeignete Kraft kurzfristig - unter Umständen auch zur Überbrückung - vermittelt werden kann.

Der ArbG ist dagegen regelmäßig nicht verpflichtet, zwecks Schadensminderung durch innerbetriebliche Umstellungen auf andere ArbN zurückzugreifen, wie er dies bei fristgemäßer Kündigung und genügender Zeit für derartige Umstellungsmaßnahmen hätte tun können. Da eine Ersatzkraft kurzfristig benötigt und in der Regel zu dauernder Beschäftigung gesucht wird, ist der ArbG vielmehr grundsätzlich befugt, diese durch Zeitungsannoncen anzuwerben, ohne daß er deshalb gegen seine Schadensminderungspflicht verstieße ²⁹⁾.

III. Hinweis auf einen besonders hohen Schaden

Der ArbG ist verpflichtet, den vertragsbrüchigen ArbN auf die Höhe eines für diesen nicht vorhersehbaren Schadens hinzuweisen (vgl. § 254 II S. 1, 1. Alternative).

Wer in Begriff ist, einen Schaden zu verursachen, soll auf ein von ihm noch nicht in voller Höhe erkanntes Risiko ausdrücklich hingewiesen werden, um überlegen zu können, ob er es in Kauf nehmen oder von seinem Vorhaben absehen will ³⁰⁾. Denkbar wäre hier als Beispiel, daß der ArbG an seine Abnehmer eine ungewöhnlich hohe Konventionalstrafe zahlen muß, wenn er seinen Lieferverpflichtungen auf Grund der Nichterfüllung nicht nachkommen kann oder daß bei einer

28) So auch BAG AP Nr. 1 zu § 276 BGB, Vertragsbruch
= BAGE 11, 175.

29) BAG aaO.

30) Vgl. ArbG Stade, BB 1961, 214.

Nichterfüllung in der Zulieferindustrie bei den Endabnehmern ein unverhältnismäßig hoher, vom ArbN nicht vorhersehbarer Schaden zu entstehen droht.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Mitverschulden des ArbG in Form von Pflichtverletzungen auch auf seiner Seite mitgewirkt, so kann die Ersatzpflicht des ArbG dadurch gemindert sein oder ganz entfallen.

Die Pflicht des ArbG, den drohenden Schaden abzuwenden und den eingetretenen Schaden zu mindern, besteht auch im Arbeitsrecht nicht schlechthin, sondern nur im Rahmen des "billigerweise Zumutbaren unter Berücksichtigung von Treu und Glauben". Infolge der Einwirkung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips sind bei der Ausfüllung dieses Billigkeitsgrundsatzes an den ArbG höhere Anforderungen zu stellen als an einen Geschädigten im bürgerlichen Recht schlechthin.

Im einzelnen besteht die Pflicht des ArbG darin, die liegengebliebene Arbeit durch andere ArbN erledigen zu lassen oder selbst zu erledigen sowie grundsätzlich darin, eine Ersatz- oder Aushilfskraft zu suchen; letzteres ist dann nicht zumutbar, wenn eine unklare Rechtslage zu Lasten des ArbG ginge. Des weiteren trifft den ArbG die Pflicht, den durch die Suche einer Ersatzkraft entstehenden Schaden möglichst gering zu halten sowie den ersatzpflichtigen ArbN auf die Gefahr eines besonders hohen drohenden Schadens hinzuweisen.

§ 7. Beweisanforderungen

I. Beweislastverteilung

Der ArbG muß seinen Schadensersatzanspruch im Prozeß sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach beweisen. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, daß jede Partei für das Vorliegen aller Voraussetzungen der ihr günstigen Norm die Beweislast zu tragen hat.

1. Der ArbG hat zunächst die Tatsache der Nichterfüllung unter Beweis zu stellen, was ihm in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten wird.

2. Des weiteren hat er zu beweisen, daß der eingetretene Schaden durch die Nichterfüllung des ArbN entstanden ist. Gerade in Großbetrieben wird der Nachweis, daß ein Umsatzrückgang auf das Fehlen eines bestimmten ArbN zurückzuführen ist, praktisch unmöglich sein.

Erfüllt der ArbN seine Arbeitspflicht nicht, so begründet diese Tatsache jedoch nach den Erfahrungen des Lebens regelmäßig die hohe Wahrscheinlichkeit, daß dadurch auch der Umsatz des ArbG zurückgeht. Diese hohe Wahrscheinlichkeit rechtfertigt in den Fällen der Nichterfüllung der Arbeitspflicht die Anwendung der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis) ¹⁾. Ein solcher Beweis ist bei allen typischen Geschehensabläufen zulässig, d.h. bei allen Tatbeständen, bei denen kraft der Lebenserfahrung auf einen eingetretenen Erfolg oder von einem Erfolg auf eine bestimmte Ursache geschlossen werden kann ²⁾. Dieser Beweis des ersten Anscheins kann vom ArbN entkräftet werden, indem dieser nachweist, daß der Schaden auch

1) Hueck-Nipperdey, S.229; Nikisch, S.308.

2) Vgl. Rosenberg, ZPO, S.543, 559; der prima-facie Beweis gehört genseitig dem Gebiet der richterlichen Beweiswürdigung an (vgl. u. II) und befreit den ArbG nicht von vornherein von seiner Substantiierungspflicht - vgl. BAG AP Nr.1 zu § 139 ZPO.

ohne Nichterfüllung entstanden wäre ³⁾. Dann trifft wieder den ArbG die Beweislast dafür, daß doch die Nichterfüllung für den eingetretenen Schaden ursächlich war. Zu einer solchen Entkräftung genügt bereits der Nachweis der M ö g - l i c h k e i t eines atypischen Geschehensablaufes, nicht dagegen muß auch dessen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden. Allerdings muß der ArbN die Tatsachen, aus denen er jene Möglichkeit ableitet, voll beweisen ⁴⁾.

Da bei Einhaltung der Kündigungsfrist eine Ersatzkraft oft auch auf andere Weise, zum Beispiel durch innerbetriebliche Umstellungen, zu finden ist, diese Möglichkeit aber bei Vertragsbruch wegen der dafür erforderlichen Zeit in der Regel nicht besteht, wird man in diesen Fällen grundsätzlich von einer Ursächlichkeit des Vertragsbruchs ausgehen können. Nur wenn der ArbN substantiiert behaupten kann, daß der ArbG beispielsweise laufend Ersatzkräfte einstellt und zu diesem Zweck regelmäßig inseriert, mangelt es an einer Kausalität des Vertragsbruchs ⁵⁾.

Liegen mehrere Ursachen vor, die alle den gleichen Schaden herbeigeführt hätten, gilt folgendes:

Die Beweislast hinsichtlich der Frage, ob ein bestimmtes Ereignis v o r dem haftungsbegründenden Ereignis oder z u s a m m e n mit diesem oder vor Schadenseintritt aufgetreten ist, trifft den ArbN, der aus dieser Tatsache für sich günstige Rechtsfolgen ableiten will ⁶⁾.

Eine behauptete Einwirkung hypothetischer oder alternativer Schadensereignisse auf den Schadensverlauf ist ebenfalls

3) Diese Fälle fehlender Kausalität sind zu unterscheiden von den Fällen hypothetischer und alternativer Kausalität - vgl. o. § 4.

4) Vgl. BGHZ 2,1; 6,169; BGH NJW 1953,548.

5) BAGE 16,214.

6) Ist die zweite Ursache eine Krankheit des ArbN, wird die Wahrheitsfindung infolge der Abhängigkeit des Richters von ärztlichen Gutachten oft sehr erschwert sein - vgl. auch Brecher, Anm. zu BAG AP Nr.2 zu § 628 BGE, der zutr. auf diese Tatsache hinweist.

vom ArbN zu beweisen, da es sich insofern um eine Klageleugnung handelt ⁷⁾.

Die Entscheidung der Frage, ob von zwei Umständen jeder für sich, insbesondere ob **a u c h** der zweite den gleichen Schaden herbeigeführt hätte, wird in der Praxis oft schwierig sein. Bei Vertragsbruch und gleichzeitiger Krankheit ist allerdings in der Regel davon auszugehen, daß der ArbG die Annonce **a l l e i n** wegen der zu vertretenden Nichterfüllung aufgegeben hat. Bei Vertretung eines nur vorübergehend erkrankten ArbN befindet sich der ArbG schließlich in einer anderen Lage als wenn sich der ArbN endgültig und unter Vertragsbruch von seinen Pflichten gelöst hat. Während er im ersten Fall die Zeit des Fehlens des ArbN durch Umbesetzungen innerhalb des Betriebes überbrücken und notfalls den Arbeitsplatz vorübergehend unbesetzt lassen kann, steht ihm im zweiten Fall regelmäßig ein Anspruch auf sofortige Einstellung einer Ersatzkraft zu. Hier bedarf es dann einer substantiierten Behauptung des ArbN, daß der Schaden durch Aufgabe der Annonce zumindest auch durch die Krankheit verursacht wurde ⁸⁾.

3. Auch ein Verschulden des ArbN muß der ArbG beweisen ⁹⁾. Hier tritt ebenfalls eine Umkehrung der Beweislast ein. Hat der ArbG einmal die Tatsache der Nichtleistung bewiesen, dann wird zu seinen Gunsten vermutet, daß der ArbN diese Nichtleistung auch zu vertreten hat. Das ergibt sich für die Fälle des Verzugs aus § 285 BGB und für die Fälle der Unmöglichkeit aus § 282 BGB ¹⁰⁾.

Diese Beweislastumkehrung ist dadurch gerechtfertigt, daß der ArbG in aller Regel keinen Einblick in die Lebensge-

7) Vgl. v. Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 19 f.; aA lediglich Lemhöfer, JuS 1966, 341.

8) BAG 11, 175.

9) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 230; Nikisch, S. 308; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 611, Anm. 147; BAG AP Nr. 5 zu § 549 ZPO.

10) Hueck-Nipperdey, aaO; Frey, BB 1959, 744; Herget, DB 1969, 2346.

wohnheiten seiner ArbN hat und deshalb auch nicht beweisen kann, woraus sich im Einzelfall ein Verschulden ergibt. Weist der ArbN nach, daß er während der Zeit der Nichterfüllung arbeitsunfähig krank war, so steht dem ArbG der Gegenbeweis offen, daß der ArbN diese Arbeitsunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt und somit seine Nichterfüllung zu vertreten hat ¹¹⁾.

4. Der Beweis der Schadenshöhe wird dem ArbG in der Praxis die größten Schwierigkeiten bereiten, wenn es um den Ersatz des entgangenen Gewinns geht. Dieser ist anhand von Betriebsunterlagen so substantiiert wie möglich nachzuweisen, wofür vor allem Bilanzen, Kalkulationsgrundlagen und Kostenaufgliederungen geeignet sind, aus denen zu entnehmen ist, welcher Gewinn im Einzelfall durch die Nichterfüllung aller Wahrscheinlichkeit nach verlorengegangen ist. In Großbetrieben braucht der ArbG beim Schadensersatz wegen gemachter Mehraufwendungen den Nachweis nicht so zu führen, daß er die Angestellten angibt, die Überstunden geleistet haben und daß er die Höhe der einzelnen Mehrvergütungen angibt. Hier genügt die Angabe eines Durchschnittswerts der Mehraufwendungen, die in der Abteilung des fehlenden ArbN durch Überstunden erwachsen sind ¹²⁾.

Je kleiner allerdings ein Betrieb ist und je weniger ArbN ein Unternehmer insgesamt beschäftigt, umso höher sind die Anforderungen an die Beweispflicht ¹³⁾.

11) Vgl.dazu o. S.134.

12) LAG Baden-Württemberg BB 1961,529.

13) Vgl.auch ArbG Husum, ARSt 1964,80 Nr.105, wonach beispielsweise eine Barbiere bei unentschuldigtem Fehlen dem ArbG nur dann Schadensersatzpflichtig sein soll, wenn dieser einwandfrei nachweist, daß der Umsatz gerade durch die Abwesenheit der betreffenden Arbeitnehmerin zurückgegangen ist. Dieser Fall unterscheidet sich von den Regelfällen allerdings insofern, als eine Barbiere einen in der Höhe sicherlich stark schwankenden Umsatz bringt, der an manchen Tagen theoretisch auch gleich Null sein kann.

II. Die richterliche Beweiswürdigung

Unter den Voraussetzungen der §§ 286, 287 ZPO ist das Gericht befugt, nach freiem Ermessen über einen Schadenersatzanspruch zu entscheiden. Diese Vorschriften sind gemäß § 46 II ArbGG auch auf das Arbeitsgerichtsverfahren anwendbar. Der Richter unterliegt also hier - außer im Fall gesetzlicher Vermutungen oder Beweisregeln - keinerlei Bindungen.

1. Die Tatsache der Nichterfüllung fällt unter § 286 ZPO¹⁴⁾, befreit den ArbG somit nicht von seiner Substantiierungspflicht.

2. Entstehung des Schadens, Kausalzusammenhang und Schadenshöhe fallen unter die Beweiswürdigung nach § 287 ZPO.

Diese geht insoweit über die nach § 286 ZPO hinaus, als von den Parteien keine so genaue Substantiierung wie sonst zu verlangen ist, die Klage also wegen lückenlosen Vorbringens nicht abgewiesen werden darf, solange greifbare Anhaltspunkte für die Ausübung des Ermessens vorhanden sind, die wenigstens zur Schätzung eines gewissen Mindestschadens ausreichen¹⁵⁾.

Eine Grenze liegt darin begründet, daß der Richter zu einer Schätzung gewisser Anhaltspunkte bedarf¹⁶⁾, wozu vor allem die allgemeinen Kosten- und Rentabilitätsberechnungen in den Betrieben gehören.

14) Vgl. BGHZ 4, 192.

15) BGH NJW 1951, 405; NJW 1964, 589; Rosenberg, ZPO, S. 544; Thomas-Putzo, § 287, Anm. 3.

16) Vgl. LAG Düsseldorf DB 1968, 90.

§ 8. Besonderheiten bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht durch Minderjährige

Minderjährige, also Jugendliche im Alter bis zu 21 Jahren (vgl. § 2 BGB) bedürfen zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, soweit das Geschäft nicht lediglich rechtlichen Vorteil für sie bringt (§ 107 BGB).

Eine auf das Arbeitsverhältnis zugeschnittene Ausnahme von diesem Grundsatz ist in § 113 BGB enthalten. Nach dieser Vorschrift ist ein Minderjähriger, der von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt worden ist, ein Arbeitsverhältnis einzugehen, für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Pflichten betreffen. Hierzu rechnen nach überwiegender Ansicht auch Rechtsgeschäfte über etwaige für oder gegen den Minderjährigen aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Schadensersatzansprüche, wie vor allem die Anerkennung und Erfüllung solcher Ansprüche ¹⁾.

Der Minderjährige kann also ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters Schadensersatzansprüche aus seinem Arbeitslohn begleichen ²⁾. Auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe durch den Minderjährigen allein ist zulässig, wenn solche Abreden verkehrsüblich oder nicht außergewöhnlich sind ³⁾.

Befindet sich der Minderjährige in einem Lehrverhältnis, so gilt hinsichtlich der Schadensersatzpflicht bei Vertragsbruch eine Ausnahme. Während ein volljähriger ArbN sein Arbeitsverhältnis ohne Grund zur fristlosen Kündigung nur unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist auflösen kann, andernfalls er Schadens-

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, S.175; Palandt-Danckelmann, § 113, Anm.4; ArbG Landau ARSt 1967,36 Nr.45.

2) Hueck-Nipperdey, aaO.

3) Hueck-Nipperdey, aaO; RAGE 1,355.

ersatz leisten muß, kann der grundsätzlich unkündbare Lehrvertrag dann schon v o r Ablauf der vereinbarten Lehrzeit aufgelöst werden, wenn der Lehrling einen anderen Beruf ergreifen will. Dies muß ihm nach dem Grundsatz der freien berufswahl des Art.12 I GG möglich sein ⁴⁾. Gibt der Minderjährige dagegen seine Lehrstelle nur deshalb auf, weil es ihm bei der Konkurrenz besser gefällt oder weil er sich dort bessere Aufstiegs- oder Verdienstmöglichkeiten erhofft, so muß er Schadensersatz wie jeder andere ArbN leisten ⁵⁾.

§ 9. ANHANG : Bußen und Vertragsstrafen

In vielen Fällen der Nichterfüllung der Arbeitspflicht ist die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs oder die fristlose Kündigung des ArbN keine genügende oder geeignete Reaktion des ArbG. Besonders bei leichteren Verstößen des ArbN gegen die Arbeitspflicht steht dem ArbG ein Kündigungsrecht regelmäßig nicht zu; oft wird diesem auch an einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses von seiner Seite nichts liegen. Ein Schadensersatzanspruch wird dann vielfach daran scheitern, daß der ArbN seine Arbeit nachholt, daß ein Schaden schwer zu beweisen oder überhaupt nicht eingetreten ist ¹⁾. Abgesehen davon erscheint es dem ArbG oft nicht wert, um verhältnismäßig geringer Summen willen einen langwierigen Arbeitsgerichtsprozeß zu führen. In all diesen Fällen wäre dem ArbG viel gedient, wenn er durch Ver-

4) Vgl. BAG ARSt 1967,127 Nr.1192.

Zu diesem Berufswechsel ist jedoch eine erneute Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, da die Ermächtigung nach § 113 BGB nur zur Eingehung von Arbeitsverhältnisses der "gestatteten Art" gilt.

5) Vgl. BAG aaO.

1) So z.B. dann, wenn der nichterfüllende ArbN nicht in der Produktion tätig war, ein unmittelbarer Umsatzrückgang also nicht eingetreten ist (Beispiel: Nachtwächter).

hängung von Geldbußen den ArbN zur Pflichterfüllung anhalten und damit weiteren Schaden verhindern könnte.

Auch bei den schwersten Fällen der Nichterfüllung, dem Arbeitsvertragsbruch, kann dem ArbG an einer einmalig fällig werdenden Vertragsstrafe mehr gelegen sein als am Ersatz seines gesamten, oft aber schwer nachweisbaren Schadens nach Beendigung eines langwierigen Prozesses.

Auf die dem ArbG in den genannten Fällen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, auch ohne Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu einer Entschädigung zu gelangen, soll im Folgenden kurz hingewiesen werden. Diese Möglichkeiten sind vor allem deshalb interessant, weil damit der Gedanke der Sanktion und der Disziplinierung - der zwar im Schadensersatzrecht nichts zu suchen hat, vom Verhütungszweck her gesehen jedoch durchaus von Bedeutung ist - im privaten Bereich zwischen ArbG und ArbN verwirklicht werden kann.

Es wird sich dabei zeigen, daß dem ArbG trotz Ausdehnung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips auf das Schadensersatzrecht geeignete Maßnahmen hierzu zur Verfügung stehen.

I. Bußen

Betriebliche Ordnungsstrafen (Bußen) sind Sanktionen für Verstöße gegen die betriebliche Ordnung und Sicherheit. Die Möglichkeit der Verhängung von Bußen ist im heutigen Recht nicht ausdrücklich erwähnt. Die früher geltenden gesetzlichen Sonderbestimmungen über Strafen im Arbeitsrecht (vgl.z.B.§§ 134 b, 134 c II GewO aF) sind im Jahre 1934 durch das AOG aufgehoben und vom Betriebsverfassungsgesetz nicht übernommen worden.

Die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über die Möglichkeit der Verhängung von Bußen wird aber gleichwohl überwiegend bejaht ²⁾. Da es sich hierbei um "Fragen der Ordnung

2) Vgl.Dietz, BetrVerfG, § 56, Anm.168 ff.; Galperin-Siebert, § 56, Anm.73 ff.; Hueck-Nipperdey, S.261; Nikisch, S.303; BAG ArbuR 1968,123.

des Betriebes und des Verhaltens der ArbN im Betrieb" handelt, wird § 56 I BetrVerfG als Rechtsgrundlage angesehen.

Bußen sind keine Strafen im eigentlichen Sinne, da eine Strafgewalt des ArbG gegenüber dem ArbN kraft Gesetzes nicht besteht und auch durch Vertrag nicht übertragen werden kann. Nach heutiger Ansicht handelt es sich vielmehr um O r d n u n g s s t r a f e n, deren allgemeine Rechtsgrundlage in der Zugehörigkeit des ArbN zur Betriebsgemeinschaft und der damit notwendig gegebenen Unterwerfung unter die betriebliche Ordnung liegt ³⁾ und die somit als ein "Ausfluß der Selbstverwaltung der Betriebsgemeinschaft" erscheinen ⁴⁾.

Rechtsgrundlagen für die Verhängung von Bußen im Einzelfall sind die auf Grund von Betriebsvereinbarungen geschaffenen Betriebsbußenordnungen ⁵⁾. Das Recht hierzu kann dem ArbG aber auch durch Vertrag mit dem einzelnen ArbN eingeräumt werden ⁶⁾.

Voraussetzung für die rechtswirksame Verhängung von Bußen in solchen Fällen ist, daß die betreffende Bußenordnung wirksam geschaffen und bekanntgemacht ist, daß in ihr die die Verhängung von Bußen begründenden Tatbestände festgelegt und zulässige Bußen normiert sind, daß ein rechts-

3) Dietz, BetrVerfG, § 56, Anm.168; Galperin-Siebert, § 56, Anm.73 ff.; Hueck-Nipperdey, S.261; Nikisch, S.303.

4) Hueck-Nipperdey, aaO.

5) Die Schaffung solcher Betriebsbußenordnungen durch kollektive Vereinbarung wurde auch vom BAG ausdrücklich für rechtlich zulässig erklärt - vgl.BAG NJW 1968,317. Das BAG setzt sich in der betr. Entscheidung auch mit den gegen eine "Betriebsjustiz" im Hinblick auf Art.102 I GG (Anspruch auf den gesetzlichen Richter), Art.92 GG (staatliches Rechtsprechungsmonopol) und Art.103 III GG (ne bis in idem) vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken auseinander.

6) Daraus, daß es sich um eine Maßnahme zur Ordnung des Betriebs als Kollektiverscheinung handelt, kann nicht gefolgert werden, daß diese nur kollektivrechtlich vorgesehen werden kann - vgl.Dietz, BetrVerfG, § 56, Anm.169.

staatliches Verfahren vorgesehen ist und auch eingehalten wird, daß rechtliches Gehör gewährt wird und daß auch der Betriebsrat im Sinne der Mitbestimmung eingeschaltet wird⁷⁾. Ist die Möglichkeit einer Verhängung durch Tarifvertrag vorgesehen, so gelten diese Bestimmungen auch für nicht tarifgebundene ArbN, sofern nur der ArbG tarifgebunden ist (vgl. § 3 II TVG)⁸⁾.

Als Maßnahmen sind im einzelnen möglich : Verwarnungen, Verweise oder Geldbußen bis zur Höhe eines Tagesverdienstes⁹⁾. Für eine Verhängung von Bußen kommen vor allem die leichten Fälle einer Nichterfüllung der Arbeitspflicht in Betracht, wie Zuspätkommen, unbefugtes Verlassen des Arbeitsplatzes während der Arbeitszeit oder unbefugtes Verlassen des Betriebes vor Arbeitsschluß.

Sind die Arbeitsgerichte auch befugt und sogar gehalten, die ordnungsgemäße Verhängung von Bußen in vollem Umfang nachzuprüfen¹⁰⁾, so wird doch neben dem Vorteil einer schnelleren und reibungsloseren Durchsetzung im allgemeinen auch eine Entlastung der Gerichte eintreten.

II. Vertragsstrafen

Vertrags- oder Konventionalstrafen dienen der Sicherung der Vertragserfüllung durch den ArbN und legen für den Fall der Nichterfüllung eine bestimmte Summe als Entschädigung fest. Sie sind besonders dann angebracht, wenn die Höhe des Schadens für den ArbG im gegebenen Fall schwer oder überhaupt nicht zu beweisen wäre oder wenn der ArbG aus anderen

7) BAG aaO.

8) Hueck-Nipperdey, S.261 Fn.7.

9) Vgl.BAG AP Nr.27 zu § 59 BetrVerfG.

10) Dies gilt sowohl hinsichtlich der Wirksamkeit der Bußenordnung selbst wie auch hinsichtlich der Frage, ob der Bußtatbestand verwirklicht und die im Einzelfall verhängte Buße angemessen ist - vgl.BAG NJW 1968,317.

Gründen einen oft langwierigen Schadensersatzprozeß vermeiden will.

Eine Vertragsstrafe kann sowohl durch Einzelvertrag als auch durch Tarifvertrag ¹¹⁾ vereinbart werden. Sie verfällt, wenn der ArbN "in Verzug" kommt (vgl. § 339 BGB) ¹²⁾. Hierher gehören sowohl die Fälle, daß der ArbN seine Arbeit zum bestimmten Termin schuldhaft nicht antritt als auch die, daß er das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund einseitig auflöst.

Ist für den Fall eines "vertragswidrigen Verhaltens" schlechthin eine Vertragsstrafe vereinbart, so wird diese nur fällig, wenn der ArbN v o r s ä t z l i c h seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen ist ¹³⁾. Das ergibt sich aus der das Arbeitsverhältnis beherrschenden Treue- und Fürsorgepflicht. Eine Verwirkung der Vertragsstrafe bei nur fahrlässigem Verhalten des ArbN würde für diesen eine erhebliche Beeinträchtigung in seiner Entschließungsfreiheit sowie eine Beeinträchtigung bei der Geltendmachung seiner ihm aus dem Vertrag zustehenden Rechte darstellen ¹⁴⁾.

Im übrigen unterliegt das Vertragsstrafenversprechen den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere den §§ 339 ff. BGB. Die Vertragsstrafe kann also, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist, gemäß § 343 BGB vom Richter herabgesetzt werden.

Das Versprechen kann im Einzelfall wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB nichtig sein, wenn es den Charakter eines Knebelungsvertrags annimmt ¹⁵⁾.

Insgesamt gesehen bietet sich dem ArbG ein hinreichendes Instrumentarium an disziplinarischen und vertragsgestaltenden Möglichkeiten, um Ordnung und Disziplin im Betrieb aufrechterhalten zu können.

11) Zur Beteiligung des Betriebsrats in diesem Falle vgl. Galperin-Siebert, § 56, Anm. 74.

12) Ob in diesem Falle die Arbeitsleistung von Anfang an unmöglich ist oder ob sie dies erst später wird, spielt keine Rolle.

13) LAG Berlin AP Nr. 4 zu § 339 BGB.

14) LAG Berlin aaO.

15) Vgl. RGZ 114, 307; 158, 300; ArbG Berlin BB 1965, 1270.

Zusammenfassende Betrachtung

=====

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, daß - solange ein Arbeitsgesetzbuch nicht geschaffen ist - bei der Beurteilung von arbeitsrechtlichen Schadensersatzproblemen auf die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zurückgeriffen werden kann.

Allerdings zeigt die Unzulänglichkeit der dort bestehenden gesetzlichen Regelung des Schadensersatzrechts ihre Auswirkungen auch im Arbeitsrecht. Da die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches in erster Linie auf die Lieferung von Sachen zugeschnitten sind, ist es nicht verwunderlich, daß schon die Tatbestände eines Schadensersatzanspruchs des ArbG - nämlich die Unmöglichkeit der Leistung des ArbN oder der Verzug des ArbN mit der Arbeitsleistung - nicht in eindeutiger Weise abgrenzbar sind und zum Teil ineinander übergehen. Ebenso lassen sich die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze zur Frage der Berücksichtigung hypothetischer Schadensereignisse im Arbeitsrecht zum großen Teil nicht verwenden, da sie am Leitbild der Sach- und Personenschäden entwickelt wurden.

Abgesehen von der Tatsache, daß es sich bei einer Nichterfüllung der Arbeitspflicht um eine **V e r t r a g s v e r l e t z u n g** handelt, ist auch zu beachten, daß im Arbeitsrecht - und vor allem im Rahmen einer Schadensersatzpflicht des ArbN - andere Wertungsgesichtspunkte heranzuziehen sind als im Zivilrecht. Dort kann Geschädigter wie Schädiger im Einzelfall überwiegend schutzwürdig erscheinen; hier ist stets der ArbN der in sozialer und finanzieller Hinsicht schutzwürdigere.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß auch bereits nach dem gegenwärtigen Rechtszustand im Rahmen des Schadensersatzan-

spruchs des ArbG wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht gerechte und billige Ergebnisse zu erzielen sind. Allerdings darf man sich dann nicht scheuen, die im Einzelarbeitsvertragsrecht durch die "Natur der Sache" vorgegebenen Wertungsgesichtspunkte heranzuziehen. Schließlich eröffnet kaum ein anderes Rechtsgebiet einen so weiten Spielraum für die Einbeziehung sachbezogener Wertungen wie das Schadensersatzrecht. Dieser Spielraum ermöglicht es, dem das ganze Arbeitsrecht beherrschenden Grundsatz des Arbeitnehmerschutzes zum Durchbruch zu verhelfen.

Die weitreichendsten Folgen der Beachtung des sozialrechtlichen Schutzprinzips liegen in der Verbannung des Sanktionsgedankens aus dem Einzelarbeitsvertragsrecht im Rahmen der Schadensersatzpflicht des ArbN. Bei der Frage, was als Schaden des ArbG zu gelten hat, ist somit nicht darauf abzustellen, ob ein bestimmter Vorteil oder ein bestimmtes hypothetisches oder reales Ereignis dem schädigenden ArbN "zugute kommen" dürfe oder nicht. Unter gewissen Voraussetzungen war vielmehr sowohl von einer grundsätzlichen Anrechnung der dem ArbG aus der Schädigung erwachsenden Vorteile als auch von einer grundsätzlichen Berücksichtigung von Zweitursachen auszugehen, die den gleichen Schaden herbeigeführt haben oder hätten.

Bedenklich muß in diesem Zusammenhang die Tendenz des Bundesarbeitsgerichts stimmen, gerade für das Gebiet der Vertragsverletzungen den Vorrang des Sanktionsgedankens zu befürworten. Geschah dies zunächst nur für das Kollektivarbeitsrecht, so wird mittlerweile auch der Vertragsbruch im Einzelarbeitsvertragsrecht davon betroffen.

Der Streit um einen Vorrang der Sanktions- oder Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts wird in erster Linie dadurch entfacht, daß unerlaubte Handlungen sowohl in Schadensersatzrechtlicher als auch in strafgesetzlicher Hinsicht Folgen zeitigen. Eine solche Zweigleisigkeit ist im Bereich der Vertragsverletzungen jedoch schon von vornherein nicht vorhanden; diese bleiben als solche ohne strafrechtliche

Sanktion. Hier eine rein zivilrechtliche Sanktion mit der Begründung einzuführen, daß die Tat andernfalls sanktionslos bleibe, ist nicht haltbar. Diese Auffassung steht in eklatantem Widerspruch zum arbeitsrechtlichen Schutzprinzip und läßt sich auch nicht durch den Gedanken der Disziplinierung rechtfertigen, zumal dem ArbG genügend Mittel zur Verfügung stehen, mit deren Hilfe er eine privatrechtliche Sanktion einführen kann. Diese Mittel sind - anders als der Schadensersatz - in ihren Wirkungen niemals maßlos, wie es die Belastung mit einer Haftung für übergroße Schäden sein kann.

Eine klare Trennung von Ausgleichs- und Sanktionsfunktion hat letztlich eine Rückführung des Schadensbegriffs auf den der Differenztheorie und somit eine Einschränkung der Haftung des ArbN zur Folge.

Die im Zivilrecht zu beobachtende allgemeine Tendenz der Gerichte, den Schadensbegriff zu objektivieren und zu normativieren ¹⁾, hat auf das Arbeitsrecht bisher keinen nennenswerten Einfluß gezeigt ²⁾.

Es erweist sich jedoch als notwendig, auf eine weitere bedenkliche Tendenz in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung hinzuweisen. Diese Tendenz der oft stillschweigend erfolgenden Gleichsetzung der Haftung aus Vertragsverletzung mit der Haftung aus Delikt läßt sich mitunter auch im Zivilrecht beobachten. Für das Gebiet des bürgerlichen Rechts wurde in diesem Zusammenhang nachgewiesen, daß die Rechtsprechung im Bereich des Schadens aus Vertragsverletzung prinzipiell am Erfordernis eines tatsächlichen entstandenen Schadens festhält, sodaß von einer Anwendung des objektiven Schadensbegriffs durch die Gerichte auf diesem Teilgebiet des Schadensersatzrechts

1) Vgl. Neuwald, Diss. S. 125 ff.

2) Eine Ausnahme bilden hier lediglich die oben behandelten Entscheidungen des LAG Frankfurt in BB 1967, 162 und des BAG in NJW 1968, 221.

nicht gesprochen werden kann ³⁾. Dies muß aber erst recht für das Gebiet des Einzelarbeitsvertragsrechts gelten, in dessen Rahmen das arbeitsrechtliche Schutzprinzip einer Objektivierung des Schadensbegriffs wegen der darin sonst liegenden Sanktion entgegensteht.

Oft wird in diesem Zusammenhang auch die grundlegende Bedeutung der Vorschrift des § 249 S.2 BGB verkannt, welche bei Sachbeschädigungen und Personenverletzungen überhaupt erst den Ansatzpunkt für eine Objektivierung des Schadensbegriffs bietet.

Die Beachtung des sozialen Schutzprinzips ermöglicht es weiter, dem Gedanken der Rechtszuständigkeit im Arbeitsrecht einen eigenen Standpunkt zu schaffen. Die Unterteilung der hypothetischen, alternativen und kumulativen Ursachen nach ihrer Herkunft bewirkt im Ergebnis, daß die in den Risiko- und Einflußbereich des ArbG fallenden Zweitursachen stets einen Wegfall der Ersatzpflicht des ArbN zur Folge haben.

Eine Befolgung dieser einerseits durch das Gesetz ermöglichten und andererseits durch die Grundprinzipien des Arbeitsrechts geforderten Wertungen kann nicht mit dem Argument zu Fall gebracht werden, daß darin eine nach der Wertung des BGB unzulässige "ständische Differenzierung" liege ⁴⁾.

Wie problematisch diese Frage nach der Zulässigkeit einer Differenzierung bereits innerhalb des BGB selbst ist, zeigt schon die aus dem "Alles-oder-Nichts" - Prinzip entstehende Ungleichheit, nämlich daß die gleiche finanzielle Verpflichtung den Armen mehr und den Reichen weniger belastet ⁵⁾. Die Heranziehung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften beim

3) Neuwald, aaO.

4) So z.B. Mayer-Maly anläßlich der Diskussion über die Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit - vgl. die Verhandlungen des 45. Dtsch. Juristentages, Band II, 6, S.39.

5) Vgl. Rother, S.290 f. unter Hinweis auf A.Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4.Aufl. 1901, S.18.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nicht zur Folge haben, daß eine Wertung innerhalb des Arbeitsrechts nicht nach anderen Gesichtspunkten vorgenommen werden könnte als im bürgerlichen Recht. Der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes ist schließlich allein und gerade im Einzelarbeitsvertragsrecht von Bedeutung.

In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, daß letztlich auch im Zivilrecht die Bestrebungen dahin gehen, beim Schadensersatz die Vermögensverhältnisse von Schädiger und Geschädigtem zu berücksichtigen ⁶⁾.

Damit ist die Frage angeschnitten, wie die bestehenden Unzulänglichkeiten des Schadensersatzrechts im allgemeinen und der Gedanke einer Einschränkung der Haftung des ArbN im besonderen bei der Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches zu berücksichtigen sind.

Hinsichtlich des Haftungsmaßstabes des vertragsbrüchigen ArbN ist eine vom Normalen abweichende Regelung nicht erforderlich und wird - soweit ersichtlich - auch nicht gefordert.

Eine Begrenzung der Haftung nach dem Ausmaß des den ArbN treffenden Verschuldens, wie sie anläßlich der Diskussion

6) Vgl. Rother, S.290 f., der zutr. darauf hinweist, daß auch die Formulierung des § 255 a Abs.1 des Referentenentwurfs letztlich in diese Richtung zielt.

um die zukünftige Neuregelung des allgemeinen Schadensersatzrechts vorgeschlagen wurde ⁷⁾, ist für den Bereich des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht von großer Bedeutung. Auch hier ist es durchaus denkbar, daß der ArbN trotz leicht fahrlässiger Nichterfüllung für einen ungewöhnlich hohen Schaden haften muß. Eine Einschränkung der Haftung durch den Richter wird in einem solchen Falle regelmäßig in Betracht kommen, da auch die Berücksichtigung der Interessen des ArbG an der Unbilligkeit kaum etwas ändern wird.

Die im Zivilrecht verschiedentlich befürwortete Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse der Beteiligten ⁸⁾ ist im Arbeitsrecht ohnehin zugunsten des ersatzpflichtigen ArbN zu entscheiden. Hier bietet sich für den Gesetzgeber die Möglichkeit einer summenmäßigen Begrenzung der Haftung des ArbN, beispielsweise auf ein Mehrfaches des dem ArbG während der Zeit der Nichterfüllung entgangenen "Nutzeffekts" oder des für diese Zeit sonst zu zahlenden Gehalts ⁹⁾.

Aber auch die Interessen des ArbG dürfen bei einer künftigen Neuregelung des Arbeitsrechts nicht außer acht gelassen werden, denn schließlich ist die bestehende gesetzliche Regelung auch für den geschädigten ArbG unbefriedigend. So wird es dem ArbG selbst bei großzügiger Handhabung der dem Richter gegebenen Schätzungsmöglichkeiten oft nicht gelingen, die Höhe seines Schadensersatzanspruchs zu beweisen, auch wenn der Grund der Haftung des ArbN unbestritten feststeht. Hier kann nur die Möglichkeit der Geltendmachung einer pauschalen Entschädigung ähnlich der in § 124 b GewO für gewerbliche ArbN getroffenen Regelung helfen.

7) Vgl. vor allem Hermann Lange, Gutachten, S.33 sowie auch § 255 a des Referentenentwurfs.

8) Vgl. Rother, S.290 f.

9) Einer summenmäßigen Begrenzung der Haftung des ArbN bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht stimmt im Erg. auch Brecher zu - vgl. die Anm. zu BAG in AP Nr.2 zu § 628 BGB

Da ein durch Aufgabe einer Annonce oder Einstellung einer Ersatzkraft entstandener Schaden stets bezifferbar sein wird, darf diese Pauschalentschädigung nur bei Leerstehen des Arbeitsplatzes zum Zuge kommen, hier allerdings ohne Nachweis eines Schadens. An einer grundsätzlichen Beschränkung dieser Möglichkeit auf Klein- und Mittelbetriebe ist jedoch festzuhalten, da in Großbetrieben eine Vermutung dafür spricht, daß die Arbeit von anderen ArbN mitverrichtet wurde und ein Gewinn aus diesem Grunde nicht entgangen ist. Aber ebenso wie im ersten Fall der Beweis des ArbN zulässig sein muß, daß ein Schaden *n i c h t* entstanden ist, muß im zweiten Fall der Beweis des ArbG zulässig sein, daß ein Schaden gleichwohl *e n t s t a n d e n* ist. Diese für den ArbG bestehende Möglichkeit, wahlweise entgangenen Gewinn oder eine pauschale Entschädigung geltend zu machen, wird in den meisten Fällen die durch Beweisschwierigkeiten sonst entstehenden Unbilligkeiten ausgleichen.

Unbedingt aufzunehmen in eine gesetzliche Neuregelung wäre eine Bestimmung etwa des Inhalts, daß der Schaden *n i c h t* zu ersetzen ist, der auch bei ordentlicher Kündigung des ArbN und Einhaltung der Kündigungsfrist entstanden wäre.

Sagt sich der ArbN nicht endgültig vom Arbeitsvertrag los und will auch der ArbG den betreffenden ArbN nicht verlieren, so wird ihm in vielen Fällen nicht daran gelegen sein, durch eine Klage vor den Arbeitsgerichten gegen den ArbN vorzugehen. Auch Beweisschwierigkeiten werden ihn oft davon abhalten.

Da eine Abschreckung letztlich erforderlich ist, müssen in einem neu zu schaffenden Arbeitsgesetzbuch ausdrückliche Bestimmungen über die Möglichkeiten einer *i n n e r b e - t r i e b l i c h e n* Festsetzung von Bußen bei Fehltagen oder -stunden enthalten sein. Diese im Einvernehmen mit dem Betriebsrat festzusetzenden Bußen könnten auf Grund ihrer möglichen Kasuistik besser als jedes Arbeitsgericht auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Betriebes und Arbeitsplatzes eingehen und würden zudem - da sie vom Lohn

einbehalten werden könnten - eine spürbare Entlastung der Gerichte bedeuten. Nach dem Grundsatz "ne bis in idem" käme neben einer verhängten Buße ein Anspruch auf Schadensersatz nicht in Frage, Die Möglichkeit einer Verhängung von Bußen könnte für kurze Unterbrechungen oder geringfügige Verspätungen auch zwingend als einzige Maßnahme des ArbG festgesetzt werden.

Sowohl Bußen als auch Vertragsstrafen und Pauschalentschädigungen müssen durch die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens begrenzt sein.

Die Untersuchung des Schadensersatzanspruchs des ArbG wegen Nichterfüllung der Arbeitspflicht hat gezeigt, daß den im Zivilrecht im Vordringen begriffenen Bestrebungen einer Haftungseinschränkung ¹⁰⁾ im Arbeitsrecht eine große Bedeutung zukommt.

Mehr noch als im Zivilrecht stößt eine ständige Erweiterung der Inanspruchnahme des Schädigers - hier des ArbN - auf gewichtige rechtspolitische Bedenken. ¹¹⁾ Diese sind einmal darin begründet, daß dem ersatzpflichtigen ArbN stets der finanziell stärkere und daher in dieser Hinsicht weniger schutzwürdigere ArbG gegenüber steht. Ein finanzieller Ruin des ArbN infolge ausgedehnter Haftung ist deshalb bei weitem wahrscheinlicher als ein solcher des ArbG bei eingeschränkter Haftung des ArbN. Zum anderen betrifft der durch die Nichterfüllung bewirkte Schaden in erster Linie das Betriebsvermögen als solches und nur "mittelbar" das Vermögen

10) De lege lata : Larenz, Möglichkeiten einer Begrenzung der Haftung über Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Karlsruher Forum 1959, S.10; Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S.1 ff.

De lege ferenda : Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften; Hermann Lange, Gutachten für den 43.Dtsch. Juristentag, S.59 f.; Weitnauer, VersR 1963,101.

11) Für das Zivilrecht vgl. z.B. Hermann Lange, aaO, S.16 ff.; Rother, aaO.

des ArbG ¹²⁾, während die Ersatzpflicht unmittelbar in die physische Existenz des ArbN eingreift ¹³⁾.

Ein neu zu schaffendes Arbeitsgesetzbuch wird neben den Bedenken, die sich aus dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip gegen eine Erweiterung der Inanspruchnahme des ArbN ergeben, auch diesen Bedenken rechtspolitischer Natur Rechnung zu tragen haben.

12) Ohne daß es sich dabei um einen nicht zu ersetzenden mittelbaren Schaden handelt.

13) So auch Gamillscheg, Haftung des Arbeitnehmers, S.46.

Lebenslauf

Am 25. Juni 1941 wurde ich als erstes von drei Kindern des Filmtheaterbesitzers Herbert Uhle und dessen Ehefrau Theresia, geb. Wied, in Wistritz, Kreis Teplitz-Schönau (CSR) geboren.

Von 1947 bis 1951 besuchte ich die Grundschule Schmalzerode, danach bis 1955 die Zentralschule Bornstedt. Nach vierjährigem Besuch der Martin-Luther-Oberschule in Eisleben legte ich im Juni 1959 das Abitur ab. Es folgten zwei Jahre Wehrdienst und infolge Wohnungswechsels nach Nürnberg ein einjähriger Besuch des Vorstudienkurses für Sowjetzonenabiturienten in Erlangen, der mit der Ergänzungsprüfung zum Sowjetzonenabitur abschloß.

Ab Wintersemester 1962/63 studierte ich zunächst drei Semester Maschinenbau an der Technischen Hochschule München. Im Sommersemester 1964 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität München. Hier bestand ich am 23. August 1968 nach achtsemestrigem Studium die erste juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt München.

Seit dem 1. April 1969 werde ich als Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts München ausgebildet.

